



HAL
open science

L'agrément en droit des sociétés - Contribution à une simplification du Droit

Armel Anne Marie Le Ruyet

► **To cite this version:**

Armel Anne Marie Le Ruyet. L'agrément en droit des sociétés - Contribution à une simplification du Droit. Droit. Université de Rennes 1, 2017. Français. ⟨NNT : ⟩. ⟨tel-02276785⟩

HAL Id: tel-02276785

<https://hal.science/tel-02276785v1>

Submitted on 3 Sep 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



HAL Authorization

THÈSE / UNIVERSITÉ DE RENNES 1

sous le sceau de l'Université Bretagne Loire

pour le grade de

DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DE RENNES 1

Mention : DROIT

École doctorale DSP (Droit et Science Politique)

Armel LE RUYET

Préparée à l'unité de recherche EA3195 CDA

Centre de droit des affaires

UFR Faculté de droit et de science politique

**L'AGRÉMENT EN
DROIT
DES SOCIÉTÉS**

Contribution à une
simplification du Droit

**Thèse soutenue à RENNES,
le 28 novembre 2017.**

devant le jury composé de :

Marie CAFFIN-MOI

Professeur à l'Université de Cergy-Pontoise,
examineur.

Thomas GÉNICON

Professeur à l'Université de Rennes 1,
examineur.

Anne-Valérie LE FUR

Professeur à l'Université de Paris Saclay,
rapporteur.

Véronique MAGNIER

Professeur à l'Université de Paris Sud,
examineur.

Jean-Marc MOULIN

Professeur à l'Université de Perpignan,
rapporteur.

Nicolas THOMASSIN

Professeur à l'Université de Rennes 1,
directeur de thèse.

L'Université de Rennes 1 n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

À la mémoire de ma mère

SOMMAIRE

PARTIE I. D'UN DOMAINE ALEATOIRE A UN DOMAINE CLARIFIE.	65
TITRE I. LA SOURCE DE L'AGREMENT.	67
<i>Chapitre I. Une source morcelée.</i>	69
<i>Chapitre II. Une source unifiée.</i>	107
TITRE II. LES FAITS GENERATEURS DE L'AGREMENT.	169
<i>Chapitre I. Des faits générateurs incertains.</i>	171
<i>Chapitre II. Un fait générateur généralisé.</i>	233
PARTIE II. D'UNE MISE EN ŒUVRE COMPLEXE A UNE MISE EN ŒUVRE SIMPLIFIEE.	249
TITRE I. LA PROCEDURE D'AGREMENT.	251
<i>Chapitre I. Les règles générales de la procédure d'agrément.</i>	253
<i>Chapitre II. Les règles spéciales du refus d'agrément.</i>	381
TITRE II. LES SANCTIONS DE LA PROCEDURE D'AGREMENT.	457
<i>Chapitre I. Des sanctions mal déterminées.</i>	459
<i>Chapitre II. Des sanctions mieux déterminées.</i>	515

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

Actes prat. Ing. Sociétaire : Actes pratiques et ingénierie sociétaire
Adde : Ajouter
Aff. : Affaire
Aj. : Ajouter
ANSA : Association Nationale des Sociétés par Actions
Ass. plén. : Assemblée plénière
APD : Archives de philosophie du droit
Art. : Article
AN : Assemblée Nationale
Bull. civ. : Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation.
Bull. Joly Sociétés : Bulletin mensuel Joly d'information des sociétés
c/ : Contre
Cah. dr. ent. : Cahier droit de l'entreprise
Cah. dr. aff. : Cahier droit des affaires
C. civ. : Code civil
CA : Cour d'appel
CE : Conseil d'État
C. com. : Code de commerce
Ch. Mixte : Chambre mixte de la Cour de cassation
Chron. : chronique
Ch. Réunies : Chambres réunies de la Cour de cassation
Civ. : Chambre civile de la Cour de cassation
CJUE : Cour de Justice de l'Union Européenne
Collab. : Avec la collaboration de
C. mon. fin. : Code monétaire et financier
C.S.P. : Code de la santé publique
Coll. : Collection
Com. : Chambre commerciale de la Cour de cassation
Comm. : Commentaire
Conc. : Avec le concours de
Comp. : Comparer
Concl. : Conclusions
Contra : En sens contraire
CPC : Code de procédure civile
Crim. : Chambre criminelle de la Cour de cassation
D. : Décret
D. : Recueil Dalloz
D. aff. : Dalloz Aff.
Doc. : Document
DP : Recueil périodique et critique mensuel Dalloz
Defrénois : Répertoire du notariat Defrénois
Dir. : Dirigé par
Dr. et patrimoine : Droit et patrimoine
Dr. sociétés : Droit des sociétés
Éd. : Édition
Égal. : Également
Et alii : et autres
Ex. : Exemple
Fasc. : Fascicule
GAEC : Groupement Agricole d'Exploitation en Commun
Gaz. Pal. : Gazette du Palais
Ibid. : Ibidem (au même endroit)
In : Dans
Infra : Ci-dessous
IR : Informations rapides (du recueil Dalloz)
J.-Cl. : Juris-classeur
JCP : : Juris-classeur Périodique (Semaine Juridique)
JCP E : : Juris-classeur Périodique (Semaine Juridique), édition entreprise
JCP G : : Juris-classeur Périodique (Semaine Juridique), édition générale
JCP N : : Juris-classeur Périodique (Semaine Juridique), édition notariale

JO : Journal officiel
Journ. sociétés : Journal des sociétés
Jurispr. : Jurisprudence
L. : Loi
LGDJ : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
Loc. cit. : Loco citato (à l'endroit cité)
M. : Monsieur
Mme : Madame
NCPC : Nouveau Code de Procédure Civile
N° : Numéro (s)
Not. : Notamment
Obs. : Observations
Op. cit. : Opere citato (dans l'ouvrage cité)
Ord. : Ordonnance
p. : Page (s)
LPA : Les Petites Affiches
Pan. : Panorama
PME-PMI : Petites et Moyennes Entreprises ; Petites et Moyennes Industries
Préc. : Précité
Préf. : Préface
PU : Presse Universitaire
PUAM : Presse Universitaire de Aix-Marseille
PUF : Presse Universitaire de France
Rappr. : Rapprocher
RCS : Registre du Commerce et des Sociétés
Rev. des contrats : Revue des contrats
Rec. : Recueil
Rééd. : Réédition
Rép. civ. Dalloz : Répertoire civil Dalloz
Rép. soc. Dalloz : Répertoire sociétés Dalloz
Rev. sociétés : Revue des sociétés
RJ com. : Revue de Jurisprudence Commerciale
RTD civ. : Répertoire Trimestrielle de Droit civil
RTD com. : Trimestrielle de Droit commercial
RTDF : Revue Trimestrielle de Droit Financier
S. : Syrey
s. : Suivant (e) (s)
SA : Société anonyme
SARL : Société à Responsabilité Limitée
SAS : Société par Actions Simplifiée
SCP : Société Civile Professionnelle
SCI : Société Civile Immobilière
SEL : Société d'Exercice Libéral
SELAFA : Société d'Exercice Libéral à Forme Anonyme
SELARL : Société d'Exercice Libéral à Responsabilité Limitée
SELAS : Société d'Exercice Libéral par actions simplifiée
Sén. : Sénat
SICA : société d'intérêt collectif agricole
Somm. : sommaire
Somm. comm. : Sommaire commenté
SPE : Société Privée Européenne
SNC : Société en Nom Collectif
Spéc. : Spécialement
Suppl. : Supplément
Supra : Ci-dessus
T. : Tome
TGI : Tribunal de Grande Instance
TI : Tribunal d'Instance
V. : Voir
Vol. : Volume
X : Auteur inconnu

INTRODUCTION.

1. « Comme le dit le proverbe, il n'est pas possible de se conn[aî]tre les uns les autres, avant d'avoir consommé ensemble tout le sel dont il parle ; il ne faut donc pas non plus s'agréer ni être amis avant d'avoir vu l'un et l'autre qu'on est digne d'être aimé, ni avant d'avoir l'un dans l'autre une entière confiance. Se donner trop vite l'un à l'autre des marques d'amitié, c'est sans doute témoigner que l'on souhaite être ami, ce n'est pas l'être : il faudrait encore être réellement digne d'amitié et le savoir. S'il est un sentiment qui peut naître en un instant, c'est donc le souhait de l'amitié, mais non pas l'amitié »¹.

Aristote a pu considérer que la forme suprême du bonheur était celle d'une vie contemplative. Mais en dépit de l'excellence de ce but, il admit que les hommes ne pouvaient vivre comme des Dieux et se suffire à eux-mêmes, car même le plus indépendant avait besoin de trouver appui dans des amis². L'amitié étant à la fois naturelle et nécessaire, le philosophe s'attacha à mettre en évidence le caractère crucial de la *philia*, dans une perspective à la fois individuelle et communautaire. Une démarche primordiale pour lui consista à élaborer une typologie des formes d'amitié pour en dégager une hiérarchie avec, à son sommet, celle incarnant la vertu et la vie heureuse. Il releva, néanmoins, que chaque type avait en commun de réunir les amis en raison de la ressemblance de leur motivation³. Qu'elle soit vertueuse, plaisante, ou utile, l'amitié présente des degrés de richesse différents et, en fonction de leur importance, elle est plus ou moins rare, ou difficile à mettre en œuvre. Or, cette constatation empêche les amis de le devenir avant de s'être mutuellement agréés, c'est-à-dire, de s'être reconnu l'un dans l'autre. Une telle nécessité se retrouve à l'égard du choix des associés, qu'ils soient animés de motivations vertueuses ou utilitaristes. La question se pose dès lors de savoir comment le droit français traite ce fait social.

¹ ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque, Livres VIII et IX sur l'amitié*, éd. Le Livre de Poche, coll. Les classiques de la Philosophie, 2001, Livre VIII, chap. 4, 1156 b 7, 24, p. 114.

² « [...] en tant qu'il est homme et qu'il vit en commun avec la masse, il voudra pratiquer les vertus du caractère ; il aura besoin de ces biens, pour vivre en homme » (*op. cit.*, p. 38).

³ « [...] l'une qui est amitié à titre premier et au sens propre, c'est l'amitié des bons en tant que bons ; les autres qui ne sont amitiés que dans la mesure où elles ressemblent à celle-là ; c'est la présence d'un certain type de bien et de quelque chose en quoi on se ressemble qui fait que là aussi on est ami (car le plaisant lui-même est un bien pour qui aime le plaisir) » (*op. cit.*, p. 117).

2. « *Socii mei socius non est socius meus* »⁴. Choisir ses associés est une question importante du droit des sociétés, elle préoccupe les juristes depuis des millénaires. Par la formule selon laquelle « l'associé de mon associé n'est pas mon associé », les romains exprimaient la nécessité de contrôler les personnes susceptibles d'intégrer le cercle sociétaire, peu important la convention de croupier conclue par l'un d'eux. Autrement dit, et contrairement au dicton populaire : en droit des sociétés, les amis de mes amis ne sont pas mes amis. Cette singularité des liens les unissant, et spécialement l'impossibilité de considérer n'importe qui comme tel, est marquée par leur désignation même sous le terme « *socius* », lequel signifie « compagnon »⁵ et, étymologiquement, « celui qui mange son pain avec »⁶. Or, quelle que soit la forme de ce partage, son fondement ne saurait être autre chose que la confiance et l'estime réciproques des uns pour les autres.

Souvent mis en évidence par les auteurs classiques⁷, ces sentiments à la base de la formation des sociétés sont aujourd'hui absorbés dans une notion floue dénommée *affectio societatis*, et dont la force serait proportionnelle à l'existence entre les associés d'une notion partageant cette caractéristique : *l'intuitu personae*⁸. Certes floue, la présence de cette dernière se traduit néanmoins concrètement par la mise en œuvre d'un contrôle lors des transferts de droits sociaux. Issu de la pratique, ce mécanisme de l'agrément a fait l'objet d'une consécration légale relativement récente, non seulement dans son principe, mais aussi dans son fonctionnement, sous la forme de procédures différemment encadrées dans chaque type de société. En dépit de cela, ou peut-être, à cause de cela ? Son application suscite un contentieux important, spécialement en raison d'imprécisions ou d'ambiguïtés textuelles. L'étude de l'agrément en droit des sociétés suppose ainsi une analyse systématique des textes afin d'en proposer un perfectionnement. Mais elle ne saurait se résumer à cela. Comme le suggère Madame le Professeur Deboissy : « Comment les

⁴ *Pandectes*, II, XXVIII.

⁵ DEBOISSY (Fl.), « Le contrat de société », in *Rapport français pour les journées brésiliennes organisées par l'association Henri Capitant sur le thème du contrat*, 2005, éd. Société de législation comparée, 2008, p. 119 : « La société, *societas*, provient du terme latin *socius* qui désigne le compagnon ».

⁶ DUBOIS (J.), MITTERAND (H.), DAUZAT (A.), (sous la direction de), *Dictionnaire Larousse étymologique et historique du français*, coll. Les Grands dictionnaires, 2011, v. « Compagnon », p. 221.

⁷ DOMAT (J.) (par M. CARRÉ), *Œuvres complètes de J. Domat*, t. 2, Paris, éd. Kleffer, 1^{ère} éd. In-octavo, 1822, p. 214, n° 2 : « La liaison des associés étant fondée sur le choix réciproque qu'ils font les uns des autres [...] » ; POTHIER (R.-J.), *Œuvres de Pothier - Traité du contrat de société*, Paris, éd. Letellier, 1807, p. 100, n° 146 : « Je ne dois donc pas être obligé, lorsque l'un de mes associés est mort, à demeurer en société avec les autres, parce qu'il se peut faire que ce ne soit que par la considération des qualités personnelles de celui qui est mort, que j'ai voulu contracter la société » ; TROPLONG (M.), *Du contrat de société civile et commerciale*, t. 1, éd. Charles Hingray, 1843, p. 16, n° 10 : «[...] le choix des personnes est l'un des principaux ressorts de [la] prospérité [des associations], [...] dès lors le contrat de société prend l'un de ses points d'appui les plus solides dans la confiance et l'estime réciproques ».

⁸ « L'*affectio societatis* est, par référence à la définition de la société, la volonté de chaque associé de mettre en commun des biens dans l'intérêt commun pour partager des bénéfices ou profiter de l'économie qui pourra en résulter » (SERLOOTEN (P.), « L'*affectio societatis*, une notion à revisiter », in *Aspects actuels du droit des affaires : mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p. 1007). Or cette définition ne correspond-elle pas à celle du contrat de société ? Elle revient en tout cas à dire que l'*affectio societatis* est la volonté de participer au contrat de société. Par ailleurs, il sera ultérieurement observé une telle similitude entre le contenu de cette notion et *l'intuitu personae*, qu'il sera possible de supposer leur redondance. Pour plus de détails à ce propos, v. *infra* n° 587.

juristes pourraient-ils espérer résoudre des difficultés d'ordre pratique s'ils renoncent dans le même temps à s'interroger sur les fondements même de leur matière »⁹ ?

Dès lors, si le fondement de l'agrément sociétaire n'est autre que l'*intuitu personae* inhérent aux rapports entre associés, comment comprendre sa nécessité sans se questionner préalablement sur cette notion ? Quelle est sa nature ? Quelle est son incidence sur la société ? À cet égard, une comparaison entre cette incidence et celle réalisée sur un contrat est-elle possible ? Le résultat de cette comparaison nous enseigne-t-il quelque chose sur la nature de la société ? Permet-il de transcender la distinction traditionnellement faite entre les sociétés de personnes et les sociétés de capitaux ? *In fine*, quelles conclusions faut-il en déduire sur la nature de l'objet transféré à travers les droits sociaux ? Ces questions d'apparence lointaine sont pourtant fondamentales car des clés de résolution des problèmes posés par cette législation pourraient bien s'y trouver.

Les réponses apportées permettront ainsi, dans un premier temps, d'appréhender la notion d'agrément (Section I) qui, en droit des sociétés, prend la forme d'une procédure. La présentation de cette dernière soulignera, dans un second temps, qu'elle est par nature fonctionnelle et multiple, mais qu'une conceptualisation de ses règles pourra être recherchée afin de simplifier et d'unifier cette législation (Section II).

Section I. La notion d'agrément.

Section II. La notion d'agrément en droit des sociétés.

⁹ DEBOISSY (Fl.), « Le contrat de société », in *Rapport français pour les journées brésiliennes organisées par l'association Henri Capitant sur le thème du contrat, 2005*, éd. Société de législation comparée, 2008, p. 119, n°2. Et citant la même interrogation des Professeurs Mazeaud : « Il est courant de tracer un fossé profond entre les théoriciens du droit et les praticiens. [...] Il faut en finir avec ce combat d'infirmités. La règle de droit est la règle de notre vie. Qui veut donc la tracer et l'étudier, sans en connaître les multiples incidences dans la vie de tous les jours est un mauvais juriste. Mais qui prétend appliquer aux difficultés quotidiennes une règle dont il ignore l'origine, le fondement, et souvent même le contenu n'est pas moins nuisible. Théorie et pratique ne font qu'un. Prétendre les dissocier est une absurdité. » (MAZEAUD (H.), (L.), et (J.), par CHABAS (F.), *Leçons de droit civil, Introduction à l'étude du droit*, t. 1, Montchrestien, 12^{ème} éd., 2000, p. 29, n° 10).

Section I. La notion d'agrément.

3. Plan. Dans l'optique d'une analyse *lato sensu*, la généralité du mot « agrément » sera d'abord examinée sous l'angle de la diversité de ses définitions (sous-section I), puis au regard de son but en droit privé. Ce dernier mettra en évidence la nature contractuelle de l'*intuitu personae*, lequel exerce une incidence importante tant sur les relations entre cocontractants qu'entre coassociés (sous-section II).

Sous-section I. Les définitions du mot « agrément ».

4. Plan. Le mot « agrément » peut être défini selon une analyse sémantique (§ I) ou juridique (§ II).

§ I. L'analyse sémantique du mot « agrément ».

Doté de nombreux synonymes, les multiples significations du mot « agrément » rendent sa définition incertaine. Celle donnée par sa terminologie renforce cette confusion, tandis que la précision de son étymologie permet au contraire d'en cerner la spécificité.

5. La synonymie du mot « agrément ». L'agrément est l'un de ces mots dont le sens est difficilement saisissable au premier abord tant il est possible de lui trouver des synonymes : « acceptation, accord, acquiescement, adhésion, approbation, assentiment, autorisation, consentement, permission¹⁰ », etc. Or, sont-ils interchangeables ? Ont-ils tous le même sens ? Faut-il assimiler l'agrément à un consentement selon l'acception juridique de ce dernier ? Rien n'est moins sûr, d'autant plus que certains de ces mots ont une signification juridique propre. Sur ce point, la définition terminologique du mot « agrément » ne permet pas de lever les doutes sur sa synonymie avec d'autres termes, au contraire de son étymologie.

6. La définition terminologique de l'agrément. Les dictionnaires généralistes indiquent que l'agrément a deux significations possibles¹¹. D'une part, ce mot renvoie à une action d'autoriser, de consentir quelque chose, il est une permission, une approbation émanant d'une autorité. Et, d'autre part, il désigne aussi « une qualité qui rend plaisant »¹². Cette dernière

¹⁰ Larousse, *Dictionnaire des synonymes et des contraires*, coll. Les grands dictionnaires, 2009, v. « Agrément ».

¹¹ *Le Petit Larousse illustré 2017*, Paris, Larousse, 2016, v. « Agrément » ; *Le Petit Robert*, Paris, 2014, v. « Agrément ».

¹² *Le Petit Robert*, Paris, 2014, v. « Agrément ».

signification, peu juridique, sera écartée pour se concentrer sur la première dont l'étymologie permet d'en compléter le sens.

7. Le sens étymologique du mot « agrément ». L'étymologie du mot « agrément » singularise sa définition. Celle-ci révèle en effet qu'il est composé du mot « gré », lequel dérive du latin « *gratus* », désignant « ce qui est accueilli avec faveur, agréable, bienvenu »¹³. Or la référence au verbe « accueillir » est intéressante car il se définit lui-même comme le fait d'« admettre quelqu'un au sein d'un groupe, d'une famille, d'une assemblée ». Juridiquement, cette définition pourrait être complétée par l'admission de quelqu'un au sein d'une profession, d'un contrat, d'une société. L'agrément apparaît alors comme une décision positive permettant soit l'exercice d'une activité, soit de finaliser la formation d'un acte juridique, après un examen plus ou moins subjectif des qualités de la personne considérée. Cette précision le rapproche ainsi d'autres synonymes juridiques.

§ II. Les définitions juridiques du mot « agrément ».

Ce mot est susceptible de revêtir différentes définitions en fonction du domaine qui lui est assigné. Avant de les préciser, son rapprochement avec deux notions souvent employées comme synonymes s'impose.

8. La synonymie juridique du mot agrément. Dans le cadre spécifique du droit des sociétés, l'agrément s'assimile davantage à une autorisation qu'au consentement donné au contrat de cession des droits sociaux.

- En droit des contrats, le consentement se définit comme « la manifestation de volonté de chacune des parties, l'acquiescement qu'elle donne aux conditions du contrat projeté »¹⁴. L'usage de cette notion comme synonyme de l'agrément est toutefois impropre car la société demeure un tiers à l'acte translatif des droits sociaux. L'agrément est certes l'expression de la volonté des associés, mais il n'a que l'effet d'une modalité accessoire de la cession projetée¹⁵. En ce sens, un arrêt rendu le 13 février 1996, par la Chambre commerciale de la Cour de cassation, distingua clairement l'agrément des associés du consentement des parties à la convention de cession¹⁶. Par élimination, une vérification s'impose afin de savoir si ce dernier présente davantage d'affinités avec la notion

¹³ GAFFIOT (F.), *Le Grand Gaffiot, Dictionnaire Latin-Français*, éd. Hachette, 2012, p. 729, v. « *Gratus* ».

¹⁴ TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. Précis, 11^{ème} éd., 2013, p. 119, n° 91.

¹⁵ V. *infra* n° 48.

¹⁶ Cass. com., 13 février 1996, SNC Alma intervention et autres c/ SNC Almaflux et autres, *Bull. Joly Sociétés* 1996, p. 404, note (P.) LE CANNU. Pour plus de précisions, v. *infra* n° 334.

d'autorisation, laquelle a pu être définie comme : « Un acte juridique unilatéral par lequel un agent, l'autorisant, accorde au titulaire d'une prérogative la possibilité de l'exercer après avoir vérifié que l'activité projetée respectait la protection de certains intérêts, recherchée par la norme qui exige un contrôle préalable »¹⁷.

- L'agrément est effectivement un « acte juridique unilatéral » puisqu'il exprime une volonté, individuelle ou collective, destinée à créer des effets de droit¹⁸ : grâce à son octroi, la cession peut être formée. La conclusion de cette dernière constitue en quelque sorte une « activité projetée » : celle résultant de l'acquisition éventuelle de la qualité de cocontractant ou celle d'associé. En ce sens, « l'agent » est le cocontractant cédé ou la société, et la « norme exigeant ce contrôle préalable » doit être recherchée dans la loi ou le contrat, ou encore les statuts¹⁹.

Le rapprochement entre ces notions est toutefois limité par le fait que le bénéficiaire de l'autorisation soit « titulaire d'une prérogative ». Or le cessionnaire est potentiellement un tiers à la société²⁰. Cette « prérogative » peut néanmoins se concevoir de façon subjective comme correspondant à la teneur de *l'intuitu personae* ou aux exigences requises pour exercer une activité. Ce clivage suggère que cette définition n'est pas acquise et qu'il faut l'approfondir au regard de ses différentes fonctions, tant en droit public qu'en droit privé.

9. Des définitions différentes en droit public et en droit privé. À partir de la constatation selon laquelle l'agrément peut être qualifié d'acte juridique unilatéral, un auteur en a donné une définition générale, en droit public et en droit privé, comme étant : « Un acte juridique unilatéral personnalisé, par lequel une personne publique ou privée confère, en principe librement, à une personne généralement privée, une qualité dont elle était dépourvue et qui lui est indispensable pour participer légitimement à une situation juridique ou, plus exceptionnellement, pour lui permettre de modifier sa position à l'intérieur de cette situation juridique »²¹. Plus précisément, une thèse intitulée *L'agrément en droit public* a souligné l'opposition de sa définition avec celle du droit privé. À cet égard, l'agrément administratif est : « La procédure visant à associer une personne, généralement privée, à une tâche d'intérêt général, ce qui conduit à la mise en place d'une collaboration entre le titulaire de l'agrément et

¹⁷ THULLIER (B.), *L'autorisation en droit privé*, préf. A. Bénabent, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, t. 252, 1996, p. 225, n° 324.

¹⁸ Un acte juridique unilatéral est « une manifestation de volonté émanant d'un individu qui entend créer certains effets de droit sans le secours d'aucune autre volonté (TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. Précis, 11^{ème} éd., 2013, p. 66, n° 50).

¹⁹ Partageant cette opinion, v. BARBIÈRI (J.-F.), note sous Cass. 3^{ème} civ., 19 juillet 2000, n° 98-10.469, Madame Navarre c/ Madame Héraud et autres, *Rev. sociétés* 2000, p. 737, *spéc.* n° 4.

Contra VEIGA (G.), *L'agrément*, thèse Toulouse, 2002, p. 19, n° 29.

²⁰ Il peut toutefois être déjà associé, v. à ce propos le déroulement de la procédure d'agrément : *infra* n° 52 et s.

²¹ VEIGA (G.), *thèse préc.*, p. 297, n° 464.

l'administration et à un contrôle des pouvoirs publics sur l'agréé, avant et surtout après l'octroi »²². Tandis que l'agrément du droit privé se définit plus largement comme : « L'acte par lequel une personne donne son accord, son consentement à une autre, à propos d'un problème dépourvu de tout lien avec l'intérêt général »²³.

De la comparaison de ces différentes définitions résulte que l'agrément en droit public serait plutôt assimilable à l'autorisation d'une activité, tandis qu'en droit privé, il serait la marque d'une autorisation à entrer dans une relation ou à la perpétuer. Dans ce cadre plus précis, l'agrément s'analyserait comme un instrument de préservation de l'*intuitu personae* ayant présidé la formation de cette relation, contractuelle ou sociétaire. Il apparaît en effet toujours comme un moyen de réitérer la prise en considération de la personne, dans l'éventualité d'un remplacement du partenaire initial. La mise en œuvre de l'agrément n'a ainsi de sens que dans le cadre d'une relation juridique destinée à perdurer car, le cas échéant, un nouveau contrat pourrait être conclu, avec une nouvelle personne, comme un sous-contrat par exemple²⁴. Une telle utilité se manifeste également en droit des sociétés.

10. La définition technique de l'agrément en droit des sociétés. Appliqué au transfert des droits sociaux, l'agrément peut se définir comme une manifestation de volonté de la société destinée à préserver l'*intuitu personae* des rapports entre ses associés, et dont l'expression est encadrée par une procédure légale, ayant pour effet d'approuver ou de refuser le bénéficiaire proposé, tiers ou associé, d'un transfert de droits sociaux ou de prérogatives sociétaires²⁵.

Par rapport aux précédentes définitions de l'agrément, deux constatations importantes s'en dégagent. D'une part, cette dernière met en évidence son caractère procédural en droit des sociétés, soulignant ainsi la nécessité de protéger les intérêts privés concernés par son prononcé, lesquels sont, par nature, antagonistes : celui de la société, celui de son associé cédant, mais aussi, celui du bénéficiaire proposé. Cette caractéristique en fait une notion fonctionnelle, se définissant avant tout par ses utilités. Et, d'autre part, cette définition fait également remarquer la similarité de la finalité de l'agrément (préserver l'*intuitu personae*) en droit privé et en droit des sociétés. Cette similitude suggère d'approfondir son analyse, afin de déduire des éléments de compréhension d'une matière à l'autre.

²² BERTRAND (C.), *L'agrément en droit public*, préf. J. Moreau, avant-propos M.-A. Latournerie, L.G.D.J., Presses Universitaires de la Faculté de Droit – Université d'Auvergne, 1999, p. 123, n° 107.

²³ BERTRAND (C.), *thèse préc.*, p. 52, n° 47.

²⁴ À propos de la convention de croupier, v. notamment *infra* n° 585.

²⁵ Pour plus de précisions à propos du fait générateur de l'agrément (le transfert) et son objet (les droits sociaux ou seulement quelques prérogatives sociétaires), v. *infra* n° 190 et s.

Sous-section II. Le but de l'agrément en droit privé.

11. Plan. Les romains définissaient la cause de l'obligation sous l'angle de la question *cur debetur*, pourquoi est-elle due ? Ou, plus généralement, pourquoi l'obligation existe-t-elle ? Or, précisément, les précédentes définitions de l'agrément donnent des indices sur sa raison d'être, son but. De sa définition en droit privé, il résulte que celui-ci s'insère plutôt dans le cadre d'une relation, entre deux ou plusieurs personnes, marquée par la présence de l'*intuitu personae*. L'analyse préalable de cette notion s'impose alors (§ I), et sera suivie de la mesure de son incidence sur la formation et l'exécution d'un contrat. Des rapprochements seront ensuite possibles entre lesdits effets et ceux produits dans le cadre sociétaire (§ II).

§ I. L'*intuitu personae*, une notion contractuelle.

12. Plan. L'*intuitu personae* est une notion difficile à définir car elle se rattache à la volonté des parties (I). L'étude de ses caractéristiques permettra néanmoins de surmonter les difficultés liées à sa définition (II), pour ensuite appliquer la synthèse dégagée à l'hypothèse de la cession de droits sociaux ; opération juridique se rapprochant à de nombreux égards de la cession de contrat²⁶.

I. L'*intuitu personae*, une notion difficile à définir.

13. Plan. Cette difficulté s'explique par les fluctuations dont sont l'objet les caractéristiques de l'*intuitu personae* (A), mais aussi, par les doutes existants quant à son incidence sur la structure du contrat²⁷ (B).

A. Les caractéristiques de l'*intuitu personae*.

14. Plan. Plusieurs facteurs expliquent l'impossibilité de définir précisément les éléments constitutifs de l'*intuitu personae*. Le premier d'entre eux tient au fait que le phénomène désigné par cette notion relève davantage de l'analyse sociologique que du domaine juridique (1). En raison de cette nature, ses origines sont incertaines et ne semblent pas reposer sur des concepts

²⁶ V. *infra* n° 172 et s.

²⁷ V. en ce sens : AYNÈS (L.), *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, préf. Ph. Malaurie, Économica, 1984, p. 231, n° 331 : « Qu'il s'agisse de ses effets ou de sa présence, l'*intuitu personae* ne paraît pas avoir atteint l'unité d'un concept juridique déterminé. Il imprègne confusément le mécanisme de formation de la convention et s'infuse plus ou moins nettement dans son régime ».

juridiques établis (2). Enfin, son contenu très variable ne se prête guère à la synthèse, ce qui est pourtant le propre d'une définition (3).

1. Un phénomène davantage sociologique que juridique.

15. Des pistes de compréhension de la nécessité de choisir ses partenaires. Si la fonction du Droit est d'organiser la vie des hommes en Société²⁸, son objet n'est pas de comprendre les complexes d'événements d'ordre social et humain qui composent celle-ci ; leur analyse est précisément l'une des tâches essentielles de la sociologie²⁹. Or, contrairement au sens commun qui la perçoit dans sa dimension étatique par opposition à l'individu, la « société » au sens sociologique n'a pas un contenu unitaire. Il en existe autant de formes que de liens entre les individus, leur dépendance réciproque formant ainsi « des associations interdépendantes ou des configurations dans lesquelles l'équilibre des forces est plus ou moins instable [...] (par exemple les familles, les écoles, les villes, les couches sociales ou les États) »³⁰.

Ce lien social, cette influence réciproque d'un individu sur un autre, permet de singulariser une société par opposition à « la simple coexistence spatiale des hommes »³¹. L'étude de ce lien est aujourd'hui abordée de diverses façons par les sociologues³². Mais l'observation qui en fût faite par leurs aînés du XIX^{ème} siècle peut renseigner les juristes sur les raisons du choix des individus de tisser des liens, ainsi que leur volonté de former une société fermée (au sens sociologique du terme). Ces deux phénomènes, que sont le choix du partenaire et la fermeture du groupe, sont illustrés par le concept sociologique de « communauté »³³. Les analyses formulées par deux sociologues de cette époque, Georg Simmel et Max Weber, sont, à cet égard, particulièrement éclairantes.

²⁸ MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.), *Introduction au droit*, Defrénois, coll. Droit civil, 4^{ème} éd., 2012, p. 1, n° 1 : « Lorsque le droit n'existe pas, qu'il est méconnu ou violé, la civilisation se délite : la décadence, le régime des voyous, la dérive intellectuelle et morale, la misère, d'immenses souffrances et de grands désastres. Le contraire du droit, c'est la barbarie ».

²⁹ NORBERT (E.), *Qu'est-ce que la sociologie ?*, éd. Pocket, 2003, p. 12.

³⁰ NORBERT (E.), *op. cit.*, p. 10.

³¹ Extrait de SIMMEL (G.), *Sociologie - Études sur les formes de socialisation*, P.U.F., coll. Quadrige, Grands textes, 1^{ère} éd., 2010, p. 44 : « Un nombre quelconque d'êtres humains ne devient pas une société par le fait que chacun d'entre eux renferme un contenu vital déterminé concrètement ou qui le fait agir individuellement ; mais il faut d'abord que la force vivante de ces contenus prenne la forme de l'influence réciproque, que l'un exerce un effet sur l'autre – immédiatement ou par l'intermédiaire d'un tiers – pour que la simple coexistence spatiale des hommes, ou encore leur succession chronologique, devienne une société [...] ».

³² V. par exemple : LE BOT (J.-M.), *Le lien social et la personne – Pour une sociologie clinique*, éd. Presses Universitaires de Rennes, 2010.

³³ À propos de ce « concept élémentaire de la sociologie », v. NISBET (R. A.), *La tradition sociologique*, P.U.F., coll. Quadrige, Grands textes, 4^{ème} éd., 2005.

16. La communauté microscopique ou « sociologie des relations intimes »³⁴ : l'analyse de Georg Simmel. Qualifié par ses pairs de « Freud de la société »³⁵, Simmel consacra son œuvre à l'étude des « relations “inconscientes” de l'ordre social, aux dyades, triades et autres éléments éternels qui sont constitutifs du lien social et qui, comme l'inconscient de l'individu, ont un effet profond sur la structure et l'évolution des associations sociales plus vastes »³⁶. Les relations humaines sont ainsi constituées de sentiments positifs comme l'amitié, la loyauté, l'amour, la gratitude ou la confiance, mais aussi négatifs, comme la concurrence ou le conflit, et que Simmel estime tout aussi essentiels pour souder les groupes et les individus³⁷. Celui-ci insiste, par ailleurs, sur le fait que ce n'est pas tant ce processus psychique en lui-même qui intéresse le sociologue que ses conséquences : « Les hommes influent les uns sur les autres, les uns font ou souffrent quelque chose, présentent telle manière d'être ou de devenir parce que d'autres sont là et s'expriment, agissent ou éprouvent des sentiments [...] »³⁸.

Et réciproquement, l'environnement dans lequel évoluent les hommes a une incidence sur le contenu de leurs sentiments. À cet égard, l'auteur a pu constater que : « Les rôles respectifs de l'amitié et de l'intimité sont [...] profondément affectés par la transformation de la société »³⁹. De même, « [l'] objectivation de la culture a affecté la nature de la confiance, qui constitue un phénomène à la fois moral et social. En effet, ce qui est nécessaire pour que l'on ait confiance en un autre être humain a été en quelque sorte fragmenté et limité, comme par exemple le rapport entre employeur et employé ou entre banquier et créancier [...] »⁴⁰.

Le juriste reconnaît là des contrats qu'il est classique de qualifier comme étant conclus *intuitu personae*, c'est-à-dire, en raison de la considération de la personnalité du cocontractant. Ces analyses psychosociologiques peuvent dès lors l'aider à comprendre les fondements de la formation de ce lien contractuel particulier⁴¹, ainsi que les raisons pour lesquelles les membres d'un groupe choisissent de le maintenir fermé.

³⁴ Cette expression est empruntée à Georg Simmel (citée par NISBET (R. A.), *op. cit.*, p. 132).

³⁵ V. en ce sens : HUGUES (E.), *Sociology of religion*, The Philosophical Library, New-York, 1959, p. 50.

³⁶ NISBET (R. A.), *op. cit.*, p. 128.

³⁷ V. en ce sens, spécialement à propos du conflit : SIMMEL (G.), *Sociologie - Études sur les formes de socialisation*, P.U.F., coll. Quadridge, Grands textes, 1^{ère} éd., 2010, p. 265.

³⁸ SIMMEL (G.), *op. cit.*, p. 59.

³⁹ NISBET (R. A.), *op. cit.*, p. 135.

⁴⁰ *Ibid.*, citant pour illustrer ce propos l'analyse suivante de Simmel : « Dans la mesure où l'idéal de l'amitié est hérité de l'Antiquité et où, singulièrement, il s'est développé un esprit romantique, il vise à une intimité psychologique absolue. [...] Cet engagement de la totalité du moi dans la relation est peut-être plus vraisemblable dans l'amitié que dans l'amour pour la raison que la concentration spécifique sur un élément qui, dans l'amour, résulte de la sensualité, fait défaut à l'amitié ».

⁴¹ V. par exemple pour une étude plus contemporaine sur les raisons du choix de son conjoint : GIRARD (A.), *Le choix du conjoint - Une enquête psycho-sociologique en France*, P.U.F., 2^{ème} éd., 1974, *spéc.* p. 15 : « La sociologie et la démographie ne sont pas moins intéressées que la génétique par les phénomènes relatifs à la sélection des conjoints les uns par les autres. L'égalité des conditions et la liberté des mœurs, consécutives aux transformations de la vie moderne, et croissantes l'une et l'autre, ne

17.La communauté comme typologie : l'analyse de Max Weber. Deux types fondamentaux de communauté sont mis en évidence par Weber : la « communalisation » et la « sociation »⁴², lesquels peuvent être, l'un comme l'autre, ouverts ou fermés vis-à-vis des tiers.

- S'agissant du premier type, la « communalisation », celle-ci repose sur « le sentiment subjectif qu'ont les parties de s'appartenir mutuellement, d'être pleinement impliquées dans l'existence de l'autre »⁴³ : la famille, la paroisse, l'unité militaire, le syndicat ouvrier, la fraternité religieuse, la relation amoureuse, l'école, et l'université, notamment, sont constitutives de ces communautés.

- S'agissant du second type de communauté, la « sociation », celle-ci est constituée « lorsqu'une activité sociale se fonde sur un compromis d'intérêts motivé rationnellement (en valeur ou en finalité) ou sur une coordination rational[isée] par un engagement mutuel »⁴⁴. Peu important que cette relation soit gouvernée par l'opportunisme ou par la morale, une « sociation » résulte d'une volonté ou d'un calcul rationnel et intéressé plutôt que d'une identification affective. Ces relations existent dans les domaines économiques, religieux, politiques, mais aussi éducatifs. Plus généralement, la société au sens juridique, ou même l'association, pourraient très bien être ajoutées à cette liste puisqu'il est question d'un regroupement volontaire d'individus.

contribuent-elles pas à desserrer l'emprise du groupe, au point que les individus disposent d'une latitude beaucoup plus grande et presque totale ? ».

Adde MOSCOVICI (S.), (sous la direction de), *Psychologie sociale des relations à autrui*, éd. Nathan Université, coll. « Psychologie », 2000 ; MARC (E.), *L'interaction sociale*, Paris, P.U.F., coll. « Le psychologue », 1989 ; MOSER (G.), *Les relations interpersonnelles*, P.U.F., coll. « Le psychologue », 1994, *spéc.* p. 1 : « La psychologie sociale a comme objet central l'interaction, et c'est de ce point de vue que cette discipline traite la totalité de son champ. De ce fait, l'analyse des relations interpersonnelles est au cœur même de la psychologie sociale, car il ne saurait y avoir de relation avec autrui sans interaction. L'individu passe la majorité de son temps à interagir avec autrui, ses comportements verbaux et non verbaux s'inscrivent dans une dynamique interactionnelle et de ce fait n'ont une signification que par rapport à autrui. L'homme est un être social, et les relations, quelle qu'en soit la nature, constituent un aspect important de sa sociabilité ».

⁴² Se référant à l'œuvre de Max Weber (et spécialement WEBER (M.), *Économie et société*, éd. Plon, 1971, p. 41) : NISBET (R. A.), *op. cit.*, p. 107. Ce dernier a traduit les termes allemands de « *Vergemeinschaftung* » et de « *Vergesellschaftung* » forgés par Weber par les expressions anglaises de « *communal relationship* » et « *associative relationship* » lesquels ont été traduits en français par les termes de « communalisation » et de « sociation ».

Comp. la distinction dégagée par le sociologue Tönnies dont s'est inspirée Max Weber et qui ressemble, par certains égards, à la distinction juridique faite entre sociétés fermées et sociétés ouvertes : « [...] considérons avec plus d'attention ce que recouvrent les termes de *Gemeinschaft* et de *Gesellschaft*, et en premier lieu la *Gemeinschaft* [...]. "Le prototype de toutes les unions en *Gemeinschaft* est la famille. Dès sa naissance l'homme est pris dans ces relations : sa raison et son libre-arbitre peuvent l'amener à demeurer dans le sein de sa famille ou à la quitter, mais ce n'est pas d'eux dont dépend l'existence même de la relation [...]"⁴⁴. Par ailleurs le type même de l'association en *Gemeinschaft* est "l'amitié, c'est-à-dire une *Gemeinschaft* d'ordre spirituel et intellectuel fondée sur le travail en commun, un métier commun et donc sur des croyances communes [...]"⁴⁴. La *Gesellschaft* reflète au contraire, sous ses deux formes de l'association et de l'union, la modernisation de la société européenne [...], la *Gesellschaft* constitue une association qui n'est plus coulée dans le moule de la parenté ou de l'amitié. "Elle (s'en) distingue nettement par le fait que toute son activité est obligatoirement limitée dans la mesure où elle est appropriée à ceux qui y participent, donc dans la mesure où elle doit être légale, par rapport à un but déterminé et aux moyens qui y correspondent"⁴⁴. Par essence la *Gesellschaft* appartient au domaine de la rationalité et du calcul [...]" (NISBET (R. A.), *La tradition sociologique*, P.U.F., coll. Quadrige, Grands textes, 4^{ème} éd., 2005, p. 102).

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ *Ibid.*

Le sociologue souligne également qu'il n'existe pas de frontières nettes entre ces catégories, chacune pouvant emprunter les caractéristiques de l'une ou l'autre⁴⁵ ou, indifféremment, constituer une communauté ouverte ou fermée aux tiers. Il décrit ce phénomène de la sorte : « Nous dirons d'une relation sociale (peu importe qu'elle soit une « communalisation » ou une « sociation ») qu'elle est « ouverte » vers l'extérieur (*nach Außen offen*) lorsque et tant que, d'après les règlements en vigueur, on interdit à quiconque est effectivement en mesure de le faire, et le désire, de participer à l'activité orientée réciproquement selon le contenu significatif qui la constitue. Nous dirons par contre qu'elle est « fermée » vers l'extérieur (*nach Außen geschlossen*) tant que, et dans la mesure où, son contenu significatif et ses règlements en vigueur excluent, ou bien limitent, la participation, ou la lient à des conditions »⁴⁶.

Combinée indifféremment avec la précédente distinction, il en résulte que, si la communalisation présente généralement les caractéristiques morales et sociales de l'ordre fermé, en revanche, il existe « des types de sociation, par exemple les associations commerciales ou les clubs privés, qui sont tout aussi fermés que la communauté familiale traditionnelle la plus isolée qui soit. En un mot, la fermeture peut résulter de la tradition comme de raisons affectives ou d'un pur calcul⁴⁷ »⁴⁸. La comparaison des membres d'une Église et ceux d'une secte illustre singulièrement ces propos, en ce sens que, la première communauté est ouverte à tous, tandis que la seconde sélectionne minutieusement ses membres, se réservant même le droit de les exclure en cas de disparition des qualités pour lesquelles ils avaient été recrutés⁴⁹.

⁴⁵ En effet, la sociation peut faire naître « des valeurs sentimentales qui dépassent la fin établie par la libre volonté ». Et « inversement, une relation sociale dont le sens normal consiste en une communalisation peut être orientée en totalité ou en partie dans le sens d'une rationalité en finalité, du fait de la volonté de tous les membres ou de quelques-uns d'entre eux. Jusqu'à quel point un groupement familial est ressenti comme une « sociation » par ses membres, c'est là un phénomène extrêmement variable » (WEBER (M.), *Économie et société*, éd. Plon, 1971, p. 42, cité par NISBET (R. A.), *op. cit.*, p. 108).

⁴⁶ WEBER (M.), *op. cit.*, p. 44.

⁴⁷ *Comp.* avec les enjeux de la mise en œuvre d'un agrément qui sont exactement les mêmes en droit des sociétés (v. *infra* n° 74).

⁴⁸ Se référant aux propos de Max Weber : NISBET (R. A.), *La tradition sociologique*, P.U.F., coll. Quadrige, Grands textes, 4^{ème} éd., 2005, p. 108.

Pour une étude contemporaine de la défense par un groupe social fermé de ses espaces géographiques, v. notamment : PINÇON (M.), PINÇON – CHARLOT (M.), *Les ghettos du gotha – Comment la bourgeoisie défend ses espaces*, Éditions du Seuil, 2007.

⁴⁹ WEBER (M.), *L'éthique protestante et l'esprit du capitalisme*, Plon, 1994, p. 236 : « En somme, appartenir à une secte était, pour l'individu, l'équivalent d'un certificat de qualification éthique ; en particulier cela témoignait de sa moralité en affaires, à la différence de l'appartenance à une « Église » dans la laquelle on est « né » et qui fait resplendir sa grâce sur le juste comme sur l'injuste. En effet, une « Église », corps constitué en vue de la grâce, administre les biens religieux du salut, telle une fondation de fidéicommis. L'appartenance à l'Église est, en principe, obligatoire, et ne saurait donc rien prouver en ce qui concerne les vertus de ses membres. Une « secte », en revanche, constitue en principe l'association volontaire, exclusive, de ceux qui sont religieusement et moralement qualifiés pour y adhérer. C'est volontairement qu'on y entre, si toutefois l'on s'y trouve admis par la volonté de ses membres, en vertu d'une probation [*Bewährung*] religieuse. L'exclusion de la secte pour infractions d'ordre éthique signifiait perte du crédit en affaires et déclassement social ».

À propos des critères du choix de leurs membres par les sectes : « Les sectes ne rassemblaient pas des individus techniquement qualifiés pour exercer une profession par un apprentissage ou des origines familiales. Elles réunissaient des compagnons de croyance éthiquement qualifiés par la discipline et la sélection ; elles contrôlaient et réglementaient la conduite de leurs membres au sens exclusif de vertu formelle et d'ascétisme méthodique, faisant fi de toute manipulation des moyens d'existence de ses membres qui aurait pu freiner le désir d'un gain rationnel [...] ».

De ces exposés sociologiques, le juriste pourra retenir une conclusion applicable au droit des sociétés : la typologie des groupes sociaux (auxquels appartient la société juridique) ne constitue pas un modèle figé puisqu'elle est amenée à évoluer au fil du temps : en raison de l'évolution des sentiments ou de la volonté de leurs membres, ou tout simplement, en vertu de l'évolution du contexte social dans lequel ces groupes s'insèrent, en d'autres termes, au gré de ce qu'il est convenu de nommer *intuitu personae*. Sa raison d'être étant désormais éclairée grâce à la sociologie, ses origines juridiques n'en demeurent pas moins incertaines.

2. Une origine juridique implicite.

18. Une absence de fondement textuel explicite. Étonnement, la locution *intuitu personae* n'a jamais été mentionnée expressément dans le Code civil, ni aujourd'hui, ni en 1804. Le législateur l'a-t-il sciemment omise ? Il est permis d'en douter. Pour que les rédacteurs du Code civil la consacrent, encore eût-il fallu que ce vocable existât en ce temps⁵⁰. Implicitement néanmoins, la

⁵⁰ *L'intuitu personae* serait-il le fruit de l'imagination de la doctrine ? Plus précisément, tout comme la question fut posée à propos d'une autre expression latine, l'*affectio societatis*, il faut se demander si cette notion a été « inventée – ou ressuscitée » (TEMPLE (H.), *Les sociétés de fait*, préf. M. Calais-Auloy, éd. L.G.D.J., 1975, p. 127, n° 226) ? La réponse doit être nuancée. *L'intuitu personae* semble avoir été découverte par la doctrine à la fin du XIX^{ème} siècle. Selon Monsieur Krajeski (-, *L'intuitu personae dans les contrats*, Imprimerie La Mouette, Coll. de thèses, 2001, p.6, n° 5) : « au XIX^{ème} siècle, la considération de la personne émerge en tant que notion juridique dans les décisions de justice et les travaux de la doctrine » (citant pour cette dernière les travaux de DALLOZ (A.), *Jurisprudence générale, Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, t. 33, n° 119). Il est probable que cette notion ait d'abord été étudiée par la doctrine, puis reprise à son compte par la jurisprudence. Contrairement à la croyance collective, *l'intuitu personae* n'a pas toujours fait partie du vocabulaire juridique. En effet, selon Madame le Professeur Contamine-Raynaud (CONTAMINE – RAYNAUD (M.), *L'intuitu personae dans les contrats*, thèse Paris II, 1974, p. 400, n° 271), *l'intuitu personae* « n'a jamais été traduit sans qu'aucune tradition historique puisse justifier cette absence de traduction ». De plus, il est pour le moins étonnant que les auteurs classiques, pourtant férus de droit romain tel Domat ou Pothier, n'aient jamais mentionné dans leurs travaux l'existence de cette expression, alors même qu'ils précisaient pourtant l'importance du choix de la personne de ses coassociés (v. en ce sens : DOMAT (J.) (par M. CARRE), *Œuvres complètes de J. Domat*, t. 2, Paris, éd. Kleffer, 1^{ère} éd. In-octavo, 1822, p. 214, n° 2 : « La liaison des associés étant fondée sur le choix réciproque qu'ils font les uns des autres [...] » ; POTHIER (R.-J.), *Œuvres de Pothier - Traité du contrat de société*, Paris, éd. Letellier, 1807, p. 100, n° 146 : « Je ne dois donc pas être obligé, lorsque l'un de mes associés est mort, à demeurer en société avec les autres, parce qu'il se peut faire que ce ne soit que par la considération des qualités personnelles de celui qui est mort, que j'ai voulu contracter la société »). Le professeur Didier l'a également constaté à propos de l'*affectio societatis*, les juristes anciens « n'ont éprouvé nul besoin de parler latin » et « ils ne se servent jamais de l'expression : *affectio societatis* ; ils disent tout simplement, sous des formes variées, que les parties doivent avoir eu l'intention de s'associer » (DIDIER (P.), *Droit commercial, L'entreprise en société*, t. 2, P.U.F., coll. Thémis, 2^{ème} éd., 1997, p. 54, cité par DEBOISSY (Fl.), « Le contrat de société », in *Rapport français pour les journées brésiliennes organisées par l'association Henri Capitant sur le thème du contrat*, 2005, éd. Société de législation comparée, 2008, p. 119, spéc. p. 133, n° 25). Or *l'intuitu personae* n'apparaît de manière récurrente dans les ouvrages juridiques qu'à partir des années 1880 (par exemples : MORNARD (P.), *Des sociétés en commandite par actions*, thèse Paris, 1880, p. 44 : « la société est par actions quand il y a eu souscription publique du capital, quand par conséquent la société a été formée sans *intuitu personae* [...] » ; THALLER (E.), *Traité élémentaire de droit commercial*, Paris, éd. Arthur Rousseau, 1898, p. 122, n° 165, à propos de la formation de la société : « Dans cette collaboration on trouve deux sentiments : - l'estime mutuelle des membres qui se considèrent comme des égaux (c'est ce qu'on appelle l'*affectio societatis*), - et une confiance réciproque très particulière, basée sur les qualités que chacun d'eux croit avoir vérifiées chez les autres, et qui fait attacher plus d'importance qu'ailleurs, au maintien dans le groupe de celui-là même qu'on s'est choisi (ce qu'on désigne sous le nom d'« *intuitu personae* »). Il est difficile de connaître la source exacte de son émergence et la cause de sa rapide assimilation dans la tradition juridique, mais cette expression figure, semble-t-il, pour la première fois dans les manuels de droit romain (DIDIER – PAILHE (E.) (par Ch. TARTARI), *Cours élémentaire de droit romain*, Paris, éd. Larose, 2^{ème} éd., 1881, p. 427 ; PETIT (E.), *Traité élémentaire de droit romain*, Paris, éd. Arthur Rousseau, 4^{ème} éd., 1903, p. 322, celui-ci mentionne qu'en droit romain, cette locution était utilisée dans une formule par laquelle les codébiteurs d'un emprunt entendaient marquer leur solidarité : « *singularum in solidum intuitu personam* » (L. 47, D., Locat., XIX, 2).

référence la plus directe à l'*intuitu personae* figurait à l'ancien article 1110 du Code civil⁵¹, repris aujourd'hui par le nouvel article 1134 et disposant que : « L'erreur sur les qualités essentielles du cocontractant n'est une cause de nullité que dans les contrats conclus en considération de la personne ».

La considération de la personnalité du cocontractant apparaît ainsi exceptionnelle en droit des contrats⁵². Cette prise en compte minimale s'explique par la recherche d'une objectivisation du Droit en 1804. Dans le Code civil, les individus sont considérés comme étant libres et égaux⁵³. Ils ne sont pas des hommes ou des femmes mais des sujets de droit, êtres froids et abstraits⁵⁴. Allant à l'encontre de cette conception désincarnée du Droit, la considération de la personne du cocontractant ne pouvait donc figurer qu'insidieusement dans le Code civil, à titre d'exception. L'absence de consécration de la notion d'*intuitu personae* s'explique d'autant plus qu'elle est à contenu variable.

3. Une notion à contenu variable.

19. Une variabilité nuisible à l'expression d'une synthèse⁵⁵. La difficulté à appréhender le contenu de l'*intuitu personae* est liée aux circonstances factuelles et psychologiques sur lesquelles elle se fonde⁵⁶. Envisager la synthèse de ces circonstances est dès lors vaine, comme l'est toute tentative de conceptualisation. Cette volatilité de l'*intuitu personae* explique, par ailleurs, qu'il y ait presque autant d'opinions que de travaux réalisés sur le sujet⁵⁷. Josserand résumait la problématique liée à l'étude de cette notion en estimant que, pour des nécessités pratiques, celle-

⁵¹ Un autre article du Code civil y fait référence, l'article 1879, alinéa 2, relatif au décès de l'emprunteur (« Mais si l'on n'a prêté qu'en considération de l'emprunteur, et à lui personnellement, alors ses héritiers ne peuvent continuer de jouir de la chose prêtée »).

⁵² V. par exemple l'alinéa premier de l'article 1717 du Code civil, lequel autorise la cession de son bail par le preneur, « si cette faculté ne lui a pas été interdite ».

À propos de la consécration de la cession de contrat, v. *infra* n° 22 et n° 178 et s.

⁵³ CONTAMINE - RAYNAUD (M.), *op. cit.*, p. 31, n° 26.

⁵⁴ Dans sa thèse, Monsieur Cuisinier illustre cette inclinaison du Code par les exemples du mariage et de la société, « qui apparaissent aux yeux du législateur avant tout comme des contrats et non comme des actes d'amour ou d'affection » (CUISINIER (V.), *L'affectio societatis*, préf. A. Martin-Serf, éd. LexisNexis, Coll. Bibliothèque de droit de l'entreprise, 2008, p. 12, n° 6).

⁵⁵ Selon le professeur Jarrosson, « la notion à contenu variable n'est pas une notion-cadre ou un standard, c'est une notion qui, sous le même vocable, s'applique à des réalités différentes sans que celles-ci puissent présenter un caractère d'unité » (JARROSSON (Ch.), *La notion d'arbitrage*, préf. B. Oppetit, éd. L.G.D.J., 1987, p. 224, n° 464 et citant en note de bas de page n° 56 l'article de M. A. Hermitte (- , « Le rôle des concepts mous dans les techniques de déjuridicisation : l'exemple des droits intellectuels » in *APD*, T. XXX, 1985, p. 331) pour qui le concept mou « est celui dont le contenu varie au gré des besoins »).

⁵⁶ HOUTCIEFF (D.), « Contribution à l'étude de l'*intuitu personae* – Remarques sur la considération de la personne du créancier par la caution », *RTD civ.* 2003, p. 3, n° 2, « ajoutons que l'*intuitu personae* procède du regard de l'autre, qu'il est la perception d'une qualité par un tiers, ce qui participe encore de sa volatilité : le juge doit non seulement disséquer les faits, mais encore sonder les âmes ».

⁵⁷ Pour une sélection d'opinions doctrinales, v° BARTHEZ (A.-N.), *La transmission universelle des obligations*, thèse Paris I, 2000, p. 367, n° 478, citant VALLEUR (F.), *L'intuitu personae dans les contrats*, thèse Paris, 1938 ; GHESTIN (J.), *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, éd. L.G.D.J., 1963, RAYNAUD-CONTAMINE (M.), *L'intuitu personae dans les contrats*, thèse Paris II, 1974 ; AYNES (L.), *L'autonomie de la cession de contrat en droit positif français*, thèse Paris II, 1981 ; BEHAR-TOUCHAIS (M.), *Le décès du contractant*, préf. G. Champenois, Economica, 1988 ; PRIETO (C.), *La société contractante*, éd. P.U.A.M., 1994.

ci ne devait pas être enfermée par des règles rigides mais, au contraire, évoluer sous l'empire des faits⁵⁸. D'autres auteurs ont tenté d'en tracer les contours, grâce à différentes catégorisations de l'*intuitu personae*. Celles-ci se composent notamment des attributs de la personne, des mobiles ayant conduit à la considérer, ou encore, de l'intensité des effets de l'*intuitu personae* sur le contrat⁵⁹.

19-1. En premier lieu, il est couramment admis que l'*intuitu personae* peut revêtir différentes formes selon les qualités retenues d'une personne, ou même celles d'un groupement de personnes. Ainsi, de nombreuses déclinaisons de cette notion sont possibles⁶⁰ : elle deviendra *intuitu pecuniae*⁶¹, ou plus précisément *intuitu bonorum*⁶², lorsque le patrimoine d'une personne sera davantage estimé que sa personnalité. L'*intuitu personae* deviendra également *intuitu familiae*, *intuitu societatis* ou *firmae*, si l'objet de la considération n'est plus une personne mais une famille, une société, ou encore, une entreprise.

19-2. En second lieu, la doctrine a proposé plusieurs synthèses des mobiles justifiant de s'engager contractuellement avec une personne plutôt qu'une autre. Monsieur Krajeski a ainsi entrepris de distinguer les contrats reposant sur les sentiments (l'affection, la confiance) ou sur le souci d'éviter les risques contractuels⁶³.

Dans la première catégorie, la raison d'être du contrat est exclusivement attachée à la personne pour qui sont éprouvés des sentiments. Le contrat de mariage en est aujourd'hui l'archétype puisqu'il est conclu sur la base de sentiments amoureux⁶⁴. Les contrats à titre gratuit appartiennent en principe également à cette famille⁶⁵, et plus généralement, les contrats que le droit romain qualifiait de « services d'amis »⁶⁶.

⁵⁸ JOSSERAND (L.), *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, Paris, éd. Dalloz, 1928, p. 70, n° 56 : « il faut [...] reconnaître que le critère de l'*intuitu personae* n'est pas d'une précision mathématique : il laisse place à l'appréciation du juge, et c'est très bien ainsi ; le droit sera à même de suivre l'ambiance dans laquelle il évolue et de s'adapter à la mentalité d'une époque, aux mœurs d'un milieu ».

⁵⁹ V. pour un exposé complet : LE TOURNEAU (Ph.), KRAJESKI (D.), *J. Cl. Contrats-Distribution*, fasc. 200, « Contrat "*intuitu personae*" ».

Adde pour une influence de l'*intuitu personae* sur les opérations de capital : NYASSOGBO (T.), *Intuitu personae et opérations de capital*, Thèse Rennes 1, 2016.

⁶⁰ Pour l'ensemble de ces distinctions, v. LE TOURNEAU (Ph.), KRAJESKI (D.), *op. cit.*, n° 12.

⁶¹ Cette expression ne s'utilise que pour l'argent (v. LE TOURNEAU (Ph.), KRAJESKI (D.), *op. cit.*, n° 17).

⁶² Cette expression englobe le patrimoine de l'intéressé (v. LE TOURNEAU (Ph.), KRAJESKI (D.), *ibid.*).

⁶³ KRAJESKI (D.), *thèse préc.*, p. 13, n° 12.

En 1938, Monsieur Valleur proposait d'établir une *summa divisio* entre les contrats basés sur l'affection et ceux basés sur la confiance (VALLEUR (F.), *L'intuitu personae dans les contrats*, thèse Paris, 1938, p. 33, n° 15). Cette analyse semble trop réductrice car les contrats *intuitu personae* ne seraient alors que des contrats conclus sur la base des sentiments.

⁶⁴ La première Chambre civile de la Cour de cassation a ainsi considéré récemment que l'absence de sentiments amoureux lors de la conclusion du mariage justifiait son annulation (Cass. 1^{ère} civ., 19 décembre 2012, n° 09-15.606).

⁶⁵ Toutefois, des contrats à titre gratuit peuvent être dépourvus d'*intuitu personae* et inversement, des contrats à titre onéreux, où la considération de la personne est en principe indifférente, peuvent devenir des contrats conclus *intuitu personae* par l'effet de la

En revanche, dans la seconde catégorie, si le contrat est conclu *intuitu personae* pour éviter un risque contractuel, il le sera avec la personne la plus apte à exécuter la prestation contractuelle, en raison de certaines de ses qualités comme une aptitude, sa renommée, ou encore son comportement⁶⁷. Dans ce cas, l'*intuitu personae* est assimilé à une garantie d'exécution⁶⁸. La question du rattachement de la solvabilité du débiteur à l'*intuitu personae* est néanmoins discutée en doctrine. Certains auteurs la considèrent étrangère à cette notion car, lorsque l'obligation du débiteur a pour objet le paiement d'une somme d'argent, sa solvabilité est toujours implicitement prise en considération par le créancier⁶⁹. Ce raisonnement se justifierait par le droit de gage général que lui attribue le Code civil⁷⁰. Or cette opinion peine à convaincre pour deux raisons. D'une part, il existe des obligations de payer une somme d'argent pour lesquelles le patrimoine du débiteur est indifférent. Tel est le cas de l'adhésion à une société anonyme, des contrats pour lesquels la somme due est modique, ou encore, des contrats de consommation de la vie courante qui sont, le plus souvent, des contrats d'adhésion. Et, d'autre part, le patrimoine est un attribut de la personnalité juridique. Il constitue donc un élément de l'individualité de chacun et, comme tel, se rattache à la notion d'*intuitu personae*. Ainsi en témoigne la nécessité de tenir compte des capacités patrimoniales de ses partenaires, avant de s'engager dans une société en nom collectif. Cette dernière est en effet réputée avoir le degré le plus fort d'*intuitu personae* en raison de la rigueur de l'engagement de ses associés, à la fois illimité et solidaire⁷¹.

Pour finir la description du contenu de cette notion, une troisième catégorie peut être ajoutée aux deux précédentes : celle de l'obtention d'une prestation personnalisée, sans nécessairement être motivée par le souci d'éviter un risque contractuel. La commande d'un tableau de Maître en est un exemple bien connu. Tout comme dans l'hypothèse d'un *intuitu personae* « garantie », cette considération réalise une réification de la personne du cocontractant⁷² car sa personnalité confère

liberté contractuelle. V. en ce sens : JOSSERAND (L.), *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, Paris, éd. Dalloz, 1928, p. 60, n° 46.

⁶⁶ Pour des exemples, v. AYNÈS (L.), *thèse préc.*, p. 234, n° 337.

⁶⁷ L'*intuitu personae* « ne vise pas uniquement l'identité du contractant car elle recoupe aussi certains aspects de son comportement : on songe, par exemple, à sa situation matrimoniale, à son honorabilité, mais encore à son indépendance et à son impartialité, à son expérience professionnelle ou au contraire à son inexpérience (FAGES (B.), *Le comportement du contractant*, préf. J. Mestre, éd. P.U.A.M., 1997, p. 36, n° 33).

⁶⁸ V. déjà en ce sens : AYNÈS (L.), *thèse préc.*, p. 237, n° 346.

⁶⁹ V. notamment : AYNÈS (L.), *thèse préc.*, p. 238, n° 350 citant LAPP (Ch.), *Essai sur la cession de contrat synallagmatique à titre particulier*, thèse Strasbourg, 1950, pour qui « ce qui importe pour qu'il y ait *intuitu personae*, ce n'est donc pas la considération de l'insolvabilité, mais c'est le fait que l'obligation qui a été contractée l'a été en raison des qualités... de la personne elle-même de celui qui l'a assumée ».

⁷⁰ C. civ., anc. art. 2092.

⁷¹ COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (Fl.), *Droit des sociétés*, Litec, coll. Manuel, 29^{ème} éd., 2016, p. 604, n° 1428.

⁷² Selon Madame le Professeur Contamine-Raynaud « une partie de la personne devient objet du commerce » (CONTAMINE-RAYNAUD (M.), *L'intuitu personae dans les contrats*, thèse Paris II, 1974, p. 186, n°134).

une plus-value monétaire à la prestation⁷³. Cependant, cette réification sera plus ou moins forte selon l'intensité des effets de l'*intuitu personae* sur le contrat.

19-3. Enfin, il existerait également un *intuitu personae* dynamique ou statique⁷⁴ : le premier impliquerait la possibilité de substituer une autre personne dans le rapport initial, tandis que le second ne le permettrait pas. Dans le même esprit, mais au regard de la structure du contrat, le professeur Aynès proposa dans sa thèse de doctorat de distinguer deux sortes d'*intuitu personae* : soit dans l'objet du contrat, soit extérieur au contrat lorsque « la personne de l'un des contractants ne constitue ni l'objet ni la cause de l'obligation principale »⁷⁵, ce dernier ayant alors la même fonction qu'une garantie d'exécution. Toutefois, nonobstant cette extériorité, la personne n'est pas totalement ignorée ; elle est seulement appréciée à travers ses « éléments objectifs »⁷⁶ tels son patrimoine, ou certaines de ses qualités (habileté, honorabilité, réputation etc.).

En dépit de la subtilité de cette proposition, il semble néanmoins que cette distinction puisse être améliorée : la possibilité de substituer un tiers devrait plutôt s'analyser au regard de l'importance accordée à sa personnalité lors de l'échange des consentements au contrat ; l'*intuitu personae* se caractérisant alors comme une émanation subjective de la volonté individuelle puisqu'il exprime un choix. Cette analyse marque davantage l'influence de cette notion sur le contrat que les précédentes. En raison de son importance, cet effet nécessite d'être examiné.

B. Les effets de l'*intuitu personae* sur la structure du contrat.

Avant de déterminer quelle est l'influence de l'*intuitu personae*, spécialement en cas de changement ou de disparition du cocontractant, les éléments constitutifs de la structure contractuelle nécessitent d'être précisés.

20. Les éléments constitutifs de la structure de tout contrat. À travers la théorie générale du contrat, les auteurs ont dégagé cette structure, que le contrat soit nommé ou innomé⁷⁷. Certains considèrent ainsi que les conditions de sa validité « forment l'ossature du contrat, [et] offrent à la volonté un cadre afin d'éviter que la liberté et l'initiative individuelles ne se tournent contre les intérêts dont la société a la charge »⁷⁸. En ce sens, l'article 1101 du Code civil

⁷³ Partageant cette analyse, v. ROCHFELD (J.), *Cause et type de contrat*, préf. J. Ghestin, L.G.D.J., 1999, p. 267, n° 296.

⁷⁴ LE TOURNEAU (Ph.), KRAJESKI (D.), *J. Cl. Contrats-Distribution*, fasc. 200, « Contrat « *intuitu personae* » », n° 42.

⁷⁵ AYNÈS (L.), *thèse préc.*, p. 237, n° 345.

⁷⁶ AYNÈS (L.), *thèse préc.*, p. 237, n° 346.

⁷⁷ V. à ce propos : SAVAUX (E.), *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, préf. de Jean-Luc Aubert, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, t. 264, 1997.

⁷⁸ C. civ., art. 1128.

marque l'importance de la volonté en définissant le contrat comme : « [...] un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer des effets de droit ». Il s'en infère deux regroupements possibles des éléments composant cette structure contractuelle. D'une part, la nécessité d'un accord de volonté réunit l'exigence du consentement non-vicié d'une personne et sa capacité à le faire. D'autre part, l'objet et le but du contrat forment sa matière, ce que les parties ont voulu, et pourquoi elles l'ont voulu⁷⁹. Comme l'avait naguère estimé Kelsen⁸⁰, la procédure de formation de la norme se caractérise par l'accord de volonté, sa source, et la norme-même résultant de cet accord, son contenu. Toutefois, pour que cette description soit complète, une précision relative à la force obligatoire de cette norme est nécessaire.

En effet, par opposition à l'obligation morale ou naturelle, la caractéristique de l'obligation juridique, *ob ligare*⁸¹, est de créer un rapport interpersonnel soumis à la contrainte du Droit, notamment par l'expression de la volonté des parties de s'y soumettre. En ce sens, cette force obligatoire attribuée par le Code civil à la volonté individuelle, sous réserve du respect des conditions qu'il édicte⁸², est un héritage de la valeur accordée à la parole par le droit canonique : « Parce qu'il a donné sa parole, le contractant doit la tenir en conscience, sinon il commettrait le péché de parjure »⁸³. La parole a ainsi une valeur, non seulement lors de l'échange des consentements, mais aussi jusqu'au moment de réaliser la prestation promise tel que l'exprime le principe de l'intangibilité du contrat. À cet égard, l'article 1194 du Code civil énonce tant le principe de la force obligatoire de la parole donnée, que celui de sa permanence jusqu'au terme du contrat ; ce

Adde ANDREU (L.), THOMASSIN (N.), *Cours de droit des obligations*, Gualino, 2^{ème} éd., 2017, p. 129, n° 293 ; LARROUMET (Ch.), BROS (S.), *Droit civil, Les obligations, Le contrat*, t. 3, Economica, 8^{ème} éd., 2016, p. 196, n° 221 ; TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. Précis, 11^{ème} éd., 2013, p. 39, n° 32. Ces conditions s'opposent à celles qui « magnifient le rôle de la volonté dont les fruits – la liberté, l'initiative individuelle – sont dans une société un élément dynamique irremplaçable » (*ibid.*).

Adde DAUCHY (P.), *Essai d'application de la méthode structurale à l'étude du contrat*, thèse Paris II, 1979, et « Une conception objective du lien d'obligation : les apports du structuralisme à la théorie du contrat », in *L'utile et le Juste*, APD 1981, t. 26, p. 269 ; BRIMO (A.), « Structuralisme et rationalisation du droit », in *Les formes de rationalité en droit*, APD 1978, t. 23, p. 189.

⁷⁹ Notamment : C. civ., art. 1162 ; art. 1169. Adde ANDREU (L.), THOMASSIN (N.), *op. cit.*, p. 474, p. 190 ; FAGES (B.), *Droit des obligations*, LGDJ, 6^{ème} éd., 2016, p. 159, n° 170 ; LARROUMET (Ch.), BROS (S.), *op. cit.*, p. 367, n° 395 et s. ; MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.), *Droit des obligations*, Defrénois, coll. Droit civil, 8^{ème} éd., 2016, p. 340, n° 597 et s.

⁸⁰ KELSEN (H.), « La théorie juridique de la convention », in APD 1940, p. 33.

Également en ce sens, v. GHESTIN (J.), *Cause de l'engagement et validité du contrat*, L.G.D.J., 2006, p. 666, n° 1019 ; TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, p. 107, n° 79 ; GHESTIN (J.), « L'échange des consentements. Introduction », in *RJ com.*, numéro spécial novembre 1995, p. 12, distinguant la procédure d'élaboration de la norme de l'opération économique que cette norme cherche à ordonner ; ANCEL (P.), « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999, p. 771.

⁸¹ Etymologiquement, le mot obligation vient de « *ob ligare* » qui contient le verbe « *lier* », c'est-à-dire, attacher de façon étroite. Pour un historique, v. GAUDEMET (J.), « Naissance d'une notion juridique. Les débuts de l'obligation dans le droit de la Rome antique », in APD 2000, t. 44, p. 19.

⁸² C. civ., art. 1103 : « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ».

Adde ANDREU (L.), THOMASSIN (N.), *op. cit.*, p. 232, n° 590 ; LARROUMET (Ch.), BROS (S.), *op. cit.*, t. 3, p. 113, n° 130 ; MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.), *op. cit.*, p. 249, n° 451.

⁸³ TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, p. 39, n° 32 : « À la différence du droit romain qui n'admettait, en principe, que les contrats formalistes, les canonistes ont insisté sur l'idée que l'acte de volonté, même non coulé dans des formes spécifiques, suffit à produire l'obligation juridique [...] ».

dernier s'exprimant par la nécessité pour les parties d'échanger à nouveau leur consentement, non plus sur le principe de la conclusion du contrat, mais sur celui de sa révocation⁸⁴.

Dès lors, si celles-ci peuvent révoquer d'un commun accord le contrat, elles peuvent *a fortiori* le modifier de la même façon. Sur ce point, l'*intuitu personae* porte atteinte à la force obligatoire du contrat chaque fois que la personne initiale n'est plus en mesure, ou ne veut plus, exécuter la parole donnée⁸⁵. Quelles sont alors les incidences sur la structure du contrat ? La réponse à cette question sera abordée après avoir précisé sur quels éléments de cette structure agit plus précisément l'*intuitu personae*.

21. Les éléments de la structure du contrat influencés par l'*intuitu personae*. Une fois cette structure mise en évidence, il est possible de s'interroger sur lequel de ses éléments influe l'*intuitu personae*. S'agit-il de sa source ? De son contenu ? Le nouvel article 1132 du Code civil donne un indice en disposant que l'erreur constitue une cause de nullité du contrat lorsqu'elle a trait à la personne avec laquelle on a l'intention de contracter. Cette disposition est riche de plusieurs enseignements.

En premier lieu, elle permet de constater que, si la considération de la personne peut être à l'origine d'une erreur, vice du consentement, cela signifie donc qu'elle fait partie intégrante de ce consentement, et qu'elle se rattache, alors, à la formation du contrat. Mais, puisque la volonté détermine le contenu de cette norme, conformément au principe de la liberté contractuelle, cette caractéristique intègre nécessairement soit l'objet de la convention, soit son but⁸⁶. Les auteurs mettent souvent en exergue cet aspect de l'*intuitu personae* influençant tantôt l'objet du contrat (ce sera par exemple le cas des prestations médicales, artistiques, ou intellectuelles), tantôt son but (seront ainsi concernés les contrats fondés sur les sentiments)⁸⁷. Toutefois, la plupart d'entre eux omettent de préciser que l'*intuitu personae* est avant tout un élément de l'expression de la volonté

⁸⁴ MORIN (G.), « La désagrégation de la théorie contractuelle du code », in *APD* 1940, p. 7, et *spéc.* p. 8 : « [...] la liberté existe pour entrer dans les contrats, mais non pour en sortir. Si l'homme n'est jamais obligé par la volonté des autres, il est obligé par lui-même. Les contraintes extérieures sont remplacées par la contrainte intérieure, par l'autonomie de la volonté, c'est-à-dire par la dépendance de la volonté vis-à-vis d'elle-même une fois qu'elle s'est exprimée ».

⁸⁵ Les auteurs s'accordent tous sur cet effet de l'*intuitu personae* : celui-ci affaiblit la stabilité. V. en ce sens : AZOULAI (M.), « L'élimination de l'*intuitus personae* dans le contrat », in *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, ouvrage collectif sous la direction de P. Durand, Paris, L.G.D.J., p. 1, n° 5 ; VALLEUR (F.), *L'intuitus personae dans les contrats*, thèse Paris, 1938, p. 318 ; CONTAMINE – RAYNAUD (M.), *thèse préc.*, n° 270.

⁸⁶ V. *supra* n° 19-3.

⁸⁷ V. en ce sens notamment : LE TOURNEAU (Ph.), KRAJESKI (D.), *art. préc.*, n° 35 ; CONTAMINE – RAYNAUD (M.), *thèse préc.*, p. 33, n° 28 ; AYNES (L.), *thèse préc.*, p. 233, n° 334 (« *intuitus personae* dans l'objet du contrat ») et p. 237, n° 345 (« *Intuitus personae* extérieur à l'objet du contrat »).

individuelle. En ce sens, à l'instar de clauses du contrat, il peut jouer un rôle déterminant⁸⁸ ou simplement accessoire de sa conclusion.

En second lieu, en vertu de l'influence de l'*intuitu personae* sur la formation de la norme contractuelle, celle-ci entraînera des conséquences plus ou moins fortes en cas de changement ou de disparition du cocontractant initial.

22. Les conséquences du changement ou de la disparition du partenaire initial. Envisager ce changement n'a d'intérêt que pour les contrats dont l'exécution ne se réalise pas instantanément, c'est-à-dire, en même temps que leur conclusion. Cette précision est importante car, entre le moment de la conclusion du contrat et son exécution, le cocontractant choisi pour sa personnalité peut disparaître ou souhaiter quitter cette relation. Les contrats à terme, à exécution successive, ou ceux dont les effets se prolongent dans le temps, sont à cet égard spécialement concernés⁸⁹. Mais selon l'intensité de leur *intuitu personae*⁹⁰, leur force obligatoire sera atteinte à des degrés différents par cette disparition.

Si l'*intuitu personae* est un élément déterminant du consentement, le contrat devient alors caduc, perdant sa raison d'être, sa force obligatoire disparaissant avec le cocontractant, irremplaçable. La dissolution du mariage par la mort d'un époux illustre cette conséquence radicale de l'*intuitu personae*. Cette intensité explique également que ce type de contrat soit dit intransmissible⁹¹. Quelques dispositions du Code civil illustrent cette qualité. Par exemple, l'article 1879, al. 2, précise que « [...] si l'on n'a prêté qu'en considération de l'emprunteur, et à lui personnellement, alors ses héritiers ne peuvent continuer de jouir de la chose prêtée »⁹².

En revanche, si l'*intuitu personae* n'est qu'un élément accessoire du consentement, la force obligatoire du contrat est suspendue à l'acceptation par la partie restante de la substitution d'un

⁸⁸ L'article 1132 du Code civil mentionne ainsi que l'erreur sur la personne du cocontractant est une cause de nullité lorsque le contrat est conclu en considération de cette personne. *Adde* ANDREU (L.), THOMASSIN (N.), *op. cit.*, p. 149, n° 351 ; MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.), *op. cit.*, p. 284 ; n° 499.

⁸⁹ Ces derniers ont fait l'objet d'une classification par les auteurs contemporains opposant ainsi les contrats-échange et les contrats-partage, cette catégorie se déclinant sous différentes formes tel le contrat-organisation (v. notamment : DIDIER (P.), « Brèves notes sur le contrat-organisation », in *Mélanges en hommage à François Terré, L'avenir du Droit*, Dalloz, 1999, p. 635) ; HAMELIN (J.-F.), *Le contrat-alliance*, préf. N. Molfessis, Economica, coll. Recherches juridiques, t. 30, 2012 ; LEQUETTE (S.), *Le contrat-coopération, Contribution à la théorie générale du contrat*, préf. Cl. Brenner, Economica, coll. Recherches juridiques, t. 28, 2012).

Adde FABRE-MAGNAN (M.), *Droit des obligations, Contrat et engagement unilatéral*, t. 1, P.U.F., coll. Thémis, 4^{ème} éd., 2016, p. 213, n° 181 : « Les contrats relationnels », citant de nombreuses références.

⁹⁰ V. *supra*. n° 19 et s.

⁹¹ *Comp.* l'opinion exprimée par le professeur Aynès dans sa thèse (-, *thèse préc.*, p. 232, n° 333) : « [l'incessibilité] ne peut qu'être exceptionnelle, car l'[ancien] article 1134 du Code civil est heurté de front. Elle se rencontre lorsque la personne de l'une des parties se confond avec l'objet du contrat. Lorsqu'elle a seulement été prise en considération, au contraire, et qu'elle lui demeure extérieure, le contrat n'est pas incessible ».

⁹² V. également l'article 1342-1 du Code civil, lequel dispose que : « Le paiement peut être fait même par une personne qui n'y est pas tenue, sauf refus légitime du créancier ». Il s'inscrit dans l'esprit de l'ancien article 1237 du Code civil relatif à l'obligation de faire, lequel interdisait que celle-ci soit « acquittée par un tiers contre le gré du créancier, lorsque ce dernier a intérêt qu'elle soit remplie par le débiteur lui-même ».

nouveau contractant à l'ancien. La vigueur du lien contractuel n'est donc pas anéantie. Cette hypothèse correspond à la figure juridique controversée de la cession de contrat⁹³ ; opération se définissant comme « la transmission de la situation de partie à un contrat avec les droits et les obligations qu'elle comporte »⁹⁴. L'analyse faite de cette figure par le professeur Ancel est particulièrement instructive, car envisagée à travers les éléments de la structure du contrat de la façon suivante⁹⁵ : « [...] il nous semble que le seul moyen d'expliquer le mécanisme de la cession de contrat est de dissocier la source (la norme dotée de la force obligatoire) et le contenu (les obligations nées du contrat). Ce qui caractérise la cession de contrat c'est, précisément, qu'elle n'affecte pas directement les obligations nées du contrat, mais qu'elle touche, en quelque sorte plus profondément à la norme contractuelle elle-même, le changement de débiteur et de créancier n'étant qu'une des conséquences possibles de cette modification de la norme »⁹⁶.

Récemment consacrée à l'article 1216 du Code civil⁹⁷, la réforme du droit des obligations a précisé le régime de cette figure juridique en imposant l'accord du cocontractant afin de céder efficacement à un tiers la qualité de partie au contrat. Cette précision est de nature à susciter un certain nombre d'interrogations au regard de l'agrément. L'accord demandé lui est-il assimilable, ou s'agit-il d'une simple autorisation de modifier le contrat ? Or, quel est l'intérêt d'imposer cet accord si le contrat n'est pas marqué d'*intuitu personae* ? Plus généralement, cette exigence ne revient-elle pas à inverser le postulat posé jusqu'alors par le Code civil selon lequel, la considération de la personne du cocontractant est indifférente, sauf exception ?

En l'absence de réponses immédiates à ces questions⁹⁸, il est néanmoins possible de conclure que, dans le cadre du droit des obligations, l'agrément n'intervient qu'en présence d'une cession

⁹³ Aujourd'hui, cette opération juridique est consacrée par le Code civil (art. 1216) comme permettant le transfert de la qualité de contractant (pour plus de précisions à ce propos, v. *infra* n° 22 et n° 172 et s.). Cette opinion a néanmoins eu du mal à s'imposer et la cession de contrat fut longtemps perçue comme l'addition d'une cession de créance et d'une cession de dette (v. en ce sens, LAPP (Ch.), *Essai sur la cession de contrat synallagmatique à titre particulier*, préf. de J. Radouant, Strasbourg, 1950 ; VILAR (Ch.), *La cession de contrat en droit français*, thèse Montpellier, 1968 ; LARROUMET (Ch.), *Les opérations juridiques à trois personnes*, thèse Bordeaux, 1968). Comp. AYNÈS (L.), *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, préf. Ph. Malaurie, Economica, 1984. Adde RAFFRAY (J.-G.), *Les substitutions de contractants au cours de l'exécution du contrat*, thèse Montpellier, 1977 ; JEULAND (E.), *Essai sur la substitution de personnes dans un rapport d'obligation*, thèse Rennes 1, 1996, pour lequel la substitution de personnes se distingue de la cession de contrat en ce sens que la substitution de personne consiste pour un tiers à mettre en œuvre un rapport d'obligations à la place de l'un de ses sujets, en raison de sa défaillance. Toutefois, contrairement à la cession de contrat, le sujet défaillant n'est pas évincé du rapport d'obligations.

⁹⁴ RAYNAUD (P.), *Les contrats ayant pour objet une obligation*, Cours de D.E.A., Paris II, 1978-1979, p. 89.

⁹⁵ Pour ces éléments, v. *supra* n° 20.

⁹⁶ ANCEL (P.), « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999, p. 771. *Rappr.* KELSEN (H.), « La théorie juridique de la convention », in *APD* 1940, p. 33.

V. également en ce sens, GHESTIN (J.), avec le concours de JAMIN (Ch.) et BILLIAU (M.), *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, L.G.D.J., 2^{ème} éd., 1994, p. 669, n° 1020.

⁹⁷ Pour l'historique de la controverse relative à cette notion, v. JEULAND (E.), v. « Cession de contrat », in *Rép. Civ. Dalloz*, 2010, *spéc.* n° 12. V. également à propos de sa consécration : ANDREU (L.), THOMASSIN (N.), *op. cit.*, p. 300, n° 800 ; LARROUMET (Ch.), BROS (S.), *op. cit.*, p. 181, n° 206 ; MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.), *op. cit.*, p. 473, n° 849.

⁹⁸ V. à ce propos, *infra* n° 178 et s.

de contrat, dans l'hypothèse où l'*intuitu personae* n'était pas déterminant de sa formation, mais seulement un accessoire. Cette qualité n'en fait pas pour autant un élément dénué de toute importance. Elle explique que le lien de droit ne soit pas anéanti en cas de changement de contractant, mais qu'il soit seulement suspendu à l'agrément du nouveau partenaire. Un tel phénomène s'observe également en droit des sociétés⁹⁹. Auparavant, une définition de l'*intuitu personae* se déduit des propos énoncés, laquelle sera ensuite appliquée à l'hypothèse spécifique de la cession de droits sociaux.

II. La définition retenue de l'*intuitu personae*.

23. De multiples définitions jusqu'alors proposées, mais trop souvent incomplètes.

Définir consiste à « extraire le sens qu'attache le Droit à un terme et l'énoncer en forme de définition »¹⁰⁰. Celle de l'*intuitu personae* étant entourée d'incertitudes, la doctrine en a proposé de nombreuses¹⁰¹.

Pour Monsieur Azoulai, « un contrat est marqué d'*intuitu personae* lorsque la considération de la personne d'un des contractants a été déterminante du consentement donné par lui »¹⁰². Cette définition ne mentionne toutefois l'influence de l'*intuitu personae* qu'au stade de la formation du contrat. Or il a été observé que celui-ci produit également des effets lors de son exécution¹⁰³.

Le professeur Contamine-Raynaud estime quant à elle : « [qu']il y a considération de la personne dans un contrat lorsque le cocontractant, au lieu de considérer uniquement la prestation qu'il attend de ce contrat, considère également la personne qui doit lui fournir ladite prestation. [...] Il y a en quelque sorte incorporation de la personne du cocontractant dans l'objet même de la prestation, réification de la personne »¹⁰⁴.

Plus précise, cette définition est néanmoins aussi incomplète car l'*intuitu personae* n'influe pas toujours l'objet de la prestation : le but du contrat est aussi susceptible de subir son influence¹⁰⁵.

⁹⁹ V. *infra* n° 25.

¹⁰⁰ CORNU (G.) (sous la direction de), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, préf. G. Cornu, éd. P.U.F., coll. Quadridge, 11^{ème} éd., 2016, préface, p. X.

¹⁰¹ Cette opinion est partagée par Monsieur le Professeur Houtcieff pour qui les critères de l'*intuitu personae* « ont fluctué d'ouvrages en siècles, tantôt se précisant, tantôt se vaporisant, sans s'être fixés même à la borne d'un nouveau millénaire. Ainsi peut-on lire que l'on vise des conventions “ que l'on ne passe pas avec n'importe qui “ ou que l'*intuitu personae* opère “ réification de la personne “, ou encore que son critère doit gésir dans ce que la prestation ne peut pas être accomplie par un autre », (HOUTCIEFF (D.), « Contribution à l'étude de l'*intuitus personae* – Remarques sur la considération de la personne du créancier par la caution », *RTD civ.* 2003, p. 3, n° 3, et les références des citations en notes de bas de page).

¹⁰² AZOULAI (M.), « L'élimination de l'*intuitus personae* dans le contrat », in *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, ouvrage collectif sous la direction de P. Durand, Paris, L.G.D.J., p. 1, n° 1.

¹⁰³ V. *supra* n° 21.

¹⁰⁴ CONTAMINE – RAYNAUD (M.), *thèse préc.*, p. 33, n° 28.

¹⁰⁵ V. *supra* n° 21.

Tel est le cas du contrat à titre gratuit¹⁰⁶ pour lequel il est difficile de parler de réification puisqu'il est majoritairement motivé par une contrepartie relationnelle¹⁰⁷. Par conséquent, synthétiser l'ensemble de ces propos par l'énoncé d'une nouvelle définition s'avère nécessaire.

24. Essai de synthèse. D'une façon générale, les auteurs s'accordent à définir l'*intuitu personae* comme étant la considération de la personnalité du cocontractant, mais leurs définitions omettent de mentionner l'ensemble de ses effets sur le contrat. Précisant davantage ses caractéristiques, la définition donnée par le vocabulaire juridique de l'association Henri Capitant indique que l'*intuitu personae* est : « [une] expression latine signifiant “ en considération de la personne “ employée pour caractériser les opérations (notamment les conventions) dans lesquelles la personnalité de l'une des parties est tenue pour essentielle (d'où la possibilité de faire valoir une erreur sur la personne), en raison de ses aptitudes particulières, de la nature du service attendu d'elle, etc. »¹⁰⁸.

Cette définition pourrait être précisée par le fait que cette considération est tantôt déterminante du consentement, tantôt accessoire de l'opération en question, intégrant de la sorte soit son objet, soit son but. Ainsi, lorsque l'*intuitu personae* est déterminant, la disparition du cocontractant entraîne sa caducité, tandis que lorsqu'il est accessoire, le changement de partenaire nécessite l'agrément de la partie à qui cette substitution est proposée. Étant de la sorte complétée, cette définition peut dorénavant être appliquée au contrat de société.

§ II. L'*intuitu personae* en droit des sociétés.

Le droit des sociétés est plus attentif que le droit des contrats à la personnalité de ses acteurs. Cet intérêt s'exprime notamment par l'encadrement ponctuel du régime de l'agrément. Or le fait que la personnalité des associés exerce une influence sur la société, à l'instar de l'*intuitu personae* sur le contrat, oblige à s'interroger sur la nature de cette dernière.

25. Des références indirectes à l'influence de l'*intuitu personae*. En droit des sociétés, l'expression « *intuitu personae* » ne figure pas davantage dans les textes du Code civil que dans ceux du Code de commerce. Toutefois, il est possible de constater qu'ils font mention de certaines conséquences sur la société qu'implique la considération de la personnalité des associés¹⁰⁹.

¹⁰⁶ Néanmoins, les contrats à titre gratuit ne sont pas tous conclus *intuitu personae* (pour un exposé de cette nuance, v. JOSSERAND (L.), *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, Paris, éd. Dalloz, 1928, p. 70, n° 56).

¹⁰⁷ V. en ce sens : ROCHFELD (J.), *Cause et type de contrat*, préf. J. Ghestin, L.G.D.J., 1999, p. 266, n° 295.

¹⁰⁸ CORNU (G.) (sous la direction de), *Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant*, préf. G. Cornu, P.U.F., coll. Quadridge, 11^{ème} éd., 2016, v. « *Intuitu personae* ».

¹⁰⁹ V. par exemple à propos de la SNC : C. com., art. L. 221-15, al. 1^{er} : « La société prend fin par le décès de l'un des associés, sous réserve des dispositions du présent article ».

Ainsi le décès de l'un d'entre eux aura-t-il des répercussions plus ou moins graves sur la survie de la société, lesquelles dépendront de l'intensité de leur *intuitu personae*, mais aussi du type sociétaire choisi pour incarner leur groupement. Par exemple, la société en nom collectif sera dissoute, sauf stipulations statutaires contraires¹¹⁰. Le principe est inversé dans toutes les autres sociétés, mais la loi n'empêche pas pour autant les associés de donner la vigueur nécessaire à leur *intuitu personae*, par la stipulation d'une clause de dissolution. Plus précisément, lorsque la survie de la société n'est pas menacée par le décès de l'un de ses membres, alors, dans toutes les formes sociales, à l'exception de la plupart des sociétés par actions¹¹¹, la loi oblige ou permet l'agrément des ayants droit du défunt. De la comparaison de ces propos avec la définition précédemment donnée de l'*intuitu personae*¹¹², il résulte une analogie flagrante avec le droit des contrats, laquelle interroge sur la nature de la société.

26. Des interrogations sur la nature de la société. En évoquant la définition de l'*intuitu personae*, son incidence sur le contrat a été mise en évidence. Si la considération de chaque associé était déterminante de leur volonté à s'unir, alors le décès de l'un d'eux justifie la dissolution de la société, que celle-ci soit imposée légalement ou statutairement. Au contraire, si l'*intuitu personae* était accessoire de leur consentement, c'est-à-dire, qu'il ne constituait pas l'élément déterminant de la mise en société, sans être pour autant indifférent à leurs rapports, alors les ayants droit du défunt doivent être agréés. L'incidence de l'*intuitu personae* sur la société est dès lors sensiblement la même que celle produite sur un contrat¹¹³. Troublante, cette analogie l'est car, si le raisonnement était prolongé, cela signifierait que la société serait un « simple » contrat, et la cession des droits sociaux s'analyserait, par conséquent, comme la cession de la position de partie à ce contrat¹¹⁴.

Or cette conclusion est peut-être trop simple : il est bien connu que la nature de la société suscite de nombreuses controverses doctrinales. Soutenir une telle opinion serait-il pourtant si incongru ? Il existe depuis une vingtaine d'années un renouveau de la conception contractuelle de la société, dont l'avènement a été marqué par la consécration de la SAS¹¹⁵. Celui-ci se constate, en outre, à divers niveaux d'analyse. La jurisprudence a ainsi récemment admis l'engagement de la

¹¹⁰ V. *infra* n° 113, spécialement C. com., art. L. 221-15, al. 1^{er} : « La société prend fin par le décès de l'un des associés, sous réserve des dispositions du présent article ».

¹¹¹ V. *infra* n° 118.

¹¹² V. *supra* n° 24.

¹¹³ Pour l'incidence sur le contrat, v. *supra* n° 20 et s. Pour la démonstration de la nature contractuelle de la société en présence de l'*intuitu personae*, v. *infra* n° 156 et s.

¹¹⁴ V. *infra* n° 168 et s.

¹¹⁵ V. déjà en ce sens, JEANTIN (M.), « Droit des obligations et droit des sociétés », in *Mélanges offerts à Laurent Boyer*, Presse de l'Université de sciences sociales de Toulouse, 1996, p. 317, *spéc.* p. 318 : « Nul ne peut aujourd'hui prétendre analyser les mécanismes, fussent-ils les plus sophistiqués du droit des sociétés, sans une référence constante au droit des obligations ».

responsabilité personnelle des associés par un tiers, en dépit de la personnalité morale de la société¹¹⁶. Il s'en déduit une désacralisation de l'influence institutionnelle sur la nature de la société ; cette personnalité étant alors avant tout analysée comme un procédé technique destiné à incarner l'intérêt collectif auprès des tiers¹¹⁷. Cette conception aurait pour conséquence de définir l'intérêt social comme étant l'intérêt commun des associés puisqu'elle exprime, avant tout, l'existence sous-jacente du contrat de société¹¹⁸. Cette présence est également sous-entendue par l'admission récente de la validité de la clause d'éviction des associés¹¹⁹. En effet, comment celle-ci pourrait être admise si l'associé était exclusivement perçu comme le propriétaire d'un bien ? Le cas échéant, cette solution reviendrait à autoriser une expropriation pour cause d'utilité privée. Au contraire, elle semblerait être la marque d'une conception contractuelle renouvelée de l'engagement sociétaire, et plus particulièrement, de la reconnaissance de son *intuitu personae* lorsqu'il existe. En outre, concevoir les droits sociaux en tant que position contractuelle n'est pas incompatible avec le fait qu'ils aient une valeur, celle-ci étant héritée de l'apport initialement réalisé, et pas davantage avec le principe de la libre négociabilité des actions, celui-ci s'analysant alors comme une caractéristique technique plutôt qu'un droit substantiel reconnu à leur titulaire¹²⁰.

L'étude de l'agrément nécessitera, sans doute, de prendre parti sur la qualification de la société en tant que contrat spécial tel que le définissait le Code civil de 1804. Revenir aux sources n'est pas inutile. Sa mise en œuvre a été jusqu'alors trop souvent aménagée par la loi, sans égard à son fondement, générant par là même un contentieux important¹²¹. Cette carence pourrait dès lors essayer d'y trouver de nouvelles voies de résolution. Mais avant de préciser les autres éléments de la méthode proposée à cette fin¹²², les règles procédurales de ce mécanisme propre au droit des sociétés nécessitent d'être introduites.

¹¹⁶ Cass. com., 18 février 2014, n° 12-29.752, n° 197 FS-P+B, *Rev. sociétés* 2014, p. 491, (B.) DONDERO ; *D.* 2014, p. 764, obs. (Th.) FAVORIO.

¹¹⁷ V. notamment en ce sens : GAILLARD (E.), *Le pouvoir en droit privé*, préf. G. Cornu, Économica, coll. Droit civil, 1985, p. 229, n° 342 : « Historiquement, la personnification a constitué tant dans le droit de la famille que dans le droit de l'entreprise une étape essentielle dont il ne faudrait pas minimiser l'importance. Mettant l'accent sur l'intérêt collectif du groupement conçu comme une entité personnifiée, la thèse a permis de fonder le contrôle de pouvoirs désormais conçus comme devant être exercés par de simples représentants au nom et pour le compte de groupement personnifié. [...] Désormais, le principe du contrôle est acquis et la personnification moins nécessaire ».

¹¹⁸ V. en ce sens, SCHMIDT (D.), *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme, version nouvelle*, Joly éd., 2004, p. 11, n° 11.

¹¹⁹ Cass. com., 29 septembre 2015, n° 14-17.343, F-D, I. c/ Société Socotec France, *Rev. sociétés* 2016, p. 228, note (J.-J.) ANSAULT ; *Gaz. Pal.* 2016, n° 19, p. 63, obs. (J.-M.) MOULIN.

¹²⁰ V. en ce sens : LE CANNU (P.), DONDERO (B.), *Droit des sociétés*, Montchrestien, 6^{ème} éd., 2015, p. 679, n° 1038 : « Pourtant, la négociabilité n'est peut-être qu'une caractéristique technique des actions, plus qu'un droit substantiel reconnu à leur titulaire ». *Rappr.* LE NABASQUE (H.), « Les actions sont des droits de créances négociables », in *Aspects actuels du droit des affaires : mélanges en l'honneur d'Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p. 671.

¹²¹ V. *infra* n° 77.

¹²² V. *infra* n° 79 et s.

Section II. La notion d'agrément en droit des sociétés.

27. **Plan.** De sa définition¹²³, il résulte que l'agrément sociétaire est avant tout une notion fonctionnelle car il n'est pas possible de l'analyser autrement qu'à travers ses fonctions, d'autant plus que sa mise en œuvre se concrétise par le déroulement d'une procédure¹²⁴ (sous-section I). Or, comme l'estimait le Doyen Vedel, les notions fonctionnelles ont vocation, « en général, à disparaître en se résorbant au moins en partie dans une synthèse supérieure de nature conceptuelle »¹²⁵. Il convient donc de vérifier si cet agrément appartient aux notions récalcitrantes à une telle conceptualisation (sous-section II).

Sous-section I. Une procédure fonctionnelle.

28. **Plan.** La mise en œuvre d'un agrément constitue une procédure fonctionnelle pour deux raisons : d'une part, elle est issue de la pratique (§ I) et, d'autre part, elle se caractérise par les enjeux qu'elle implique (§ II).

§ I. La consécration légale d'une procédure issue de la pratique.

29. **Plan.** Les clauses d'agrément et la procédure qui en encadre le fonctionnement (II) ont connu une consécration progressive (I).

I. Une consécration progressive.

30. **Plan.** Le besoin de choisir ses partenaires pour collaborer en société a toujours existé. Divers exemples historiques illustrent cette nécessité. Au fil du temps, ce choix s'est exprimé de façon plus ou moins formelle jusqu'à l'affirmation, en France tout au moins, d'une procédure bien encadrée dans les statuts des sociétés (A). Celle-ci fut assez tardivement consacrée par la loi,

¹²³ V. *supra* n° 10.

¹²⁴ Le Doyen Vedel opposait les notions fonctionnelles et les notions conceptuelles de la sorte : les notions conceptuelles « peuvent recevoir une définition complète selon les critères logiques habituels et leur contenu est abstraitement déterminé une fois pour toutes. [...] elles ont une réelle unité conceptuelle. Encore que cela ne soit pas souhaitable, on pourrait dire ce qu'elles sont indépendamment de ce à quoi elles servent ». Tandis que les notions fonctionnelles « au contraire sont différemment construites. Elles procèdent directement d'une fonction qui leur confère seule une véritable unité ». Pour illustrer ses propos, il cite les actes de gouvernement dont « on peut bien dresser le catalogue [...] ; mais on ne peut pas définir la catégorie des actes de gouvernement, sinon en indiquant ce à quoi elle sert, sa fonction » (VEDEL (G.), « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *JCP* 1950, I, 851, *spéc.* n° 4).

¹²⁵ *Ibid.*

non sans controverses selon la nature des droits sociaux auxquels l'agrément avait vocation à s'appliquer (B). Ces textes légaux ont fait l'objet de plusieurs réformes récentes, mais leur rédaction demeure perfectible (C.)

A. Une procédure issue de la pratique.

31. Choisir ses partenaires dans un groupement juridique : une nécessité intemporelle exprimée dès l'Antiquité. Choisir le ou les partenaires avec qui l'on envisage de construire une relation est un phénomène naturel, instinctif¹²⁶. Cette nécessité se retrouve *a fortiori* pour former un groupement avec d'autres personnes, qu'il soit de type associatif ou sociétaire. L'Histoire recèle quelques exemples de cette sélection, plus ou moins formalisée, et dont l'existence est parvenue à notre connaissance grâce aux écrits laissés par les anciens.

Ainsi Aristote témoigne-t-il à travers son œuvre du formidable essor des groupements de personnes à l'époque de la Grèce antique¹²⁷. Dans son célèbre « Éthique à Nicomaque », le philosophe met en évidence que : « Les associations sont en quelque sorte des démembrements de la société politique. On s'associe pour donner satisfaction à quelque intérêt, pour se procurer quelque chose des choses nécessaires à la vie. Ainsi, la société politique a été originellement établie et subsiste pour l'intérêt commun [...]. Les autres associations se proposent comme but une partie de cet intérêt commun »¹²⁸.

À titre d'illustration, il cite la formation d'associations religieuses dont les clauses statutaires constatées par écrit furent redécouvertes au XIX^{ème} siècle, et dont le fonctionnement est donc bien connu aujourd'hui¹²⁹. Ces associations, précise-t-il, qui « semblent n'avoir pour but que le plaisir [...] sont celles des Thiasotes et des Éranistes ; elles se sont formées pour offrir des sacrifices et pour fournir à leurs membres des occasions de réunion »¹³⁰. Toutefois, n'importe qui ne pouvait en devenir membre. Si l'origine et la classe sociale à laquelle appartenait le postulant importaient peu, en revanche, celui-ci devait se soumettre à une enquête sur ses mœurs réalisée par les dignitaires de la société. Un fragment d'inscription retrouvé au pied du mont Hymette indiquait à ce propos

¹²⁶ V. *supra* n° 15.

¹²⁷ Peu important qu'il s'agisse d'associations ou de sociétés puisque le droit de l'époque ne semblait pas faire de distinction entre les deux. V. en ce sens : CAILLEMER (E.), *Études sur les antiquités juridiques d'Athènes. Dixième étude. Le contrat de société à Athènes*, Paris, éd. A. Durand, E. Thorin, 1872, p. 2 : « Aucun peuple de l'Antiquité ne mit plus largement en pratique le principe d'association, et le contrat de société est un de ceux que l'on rencontre le plus fréquemment dans les monuments de la littérature classique. [...] Des sociétés de tout genre apparaissent à chaque instant dans l'histoire d'Athènes. [...] Les associés avaient toute liberté pour régler, comme ils le jugeaient à propos, les conditions de leur association. Une seule restriction leur avait été imposée : ils ne pouvaient pas déroger aux lois d'ordre public ».

¹²⁸ ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque (traduction, notes et bibliographie par R. Bodéüs)*, Flammarion, coll. Le Monde de la Philosophie, 2008, p. 319, liv. VIII, ch. IX.

¹²⁹ FOURCART (P.), *Des associations religieuses chez les grecs. Thiasos, Éranes, Orgéons*, Paris, éd. Chez Klincksieck, 1873 ; CAILLEMER (E.), *Études sur les antiquités juridiques d'Athènes. Dixième étude. Le contrat de société à Athènes*, Paris, éd. A. Durand, E. Thorin, 1872, p. 15.

¹³⁰ ARISTOTE, *op. cit., loc. cit.*

que : « Nulle personne ne pourra entrer dans le très vénérable collège des éranistes, s'il n'a été préalablement constaté qu'elle est sainte, pieuse et bonne »¹³¹.

En outre, les associés devaient être ou devenir amis. Le cas échéant, des mesures disciplinaires étaient prononcées contre ceux qui troublaient l'harmonie de la société ; ces mesures pouvant aller de l'amende à l'exclusion¹³². Intemporelle, la nécessité d'une telle sélection se constate à toutes les époques et en tout lieu, spécialement dans les statuts des sociétés commerciales françaises à partir du XVII^{ème} siècle.

32. Une procédure lisible dans les clauses statutaires dès le XVII^{ème} siècle. Dans les statuts de ces sociétés, l'expression d'une sélection des associés à l'occasion du transfert de leur participation se constate. C'est également à cette époque qu'apparut la distinction entre les sociétés de personnes et les sociétés de capitaux en raison de la mesure de la responsabilité des associés envers les tiers, mais aussi, corrélativement, de l'importance de leur personnalité dans les rapports entre associés. Dans son ouvrage intitulé *Histoire juridique des sociétés de commerce en France aux XVII^{ème} et XVIII^{ème} siècles*¹³³, le professeur Lévy-Bruhl remarque ainsi que, s'agissant des premières, dont la principale forme était dénommée société générale¹³⁴ : « [...] de l'ensemble des documents de la pratique [de cette époque] se dégage l'impression que l'*intuitu personae* joue un rôle des plus importants dans cette forme de société, et cela justifie dans une large mesure les développements que fournit Savary sur le soin que doit apporter un commerçant dans le choix de ses associés »¹³⁵.

Au contraire, s'agissant des secondes, qui prenaient la forme de compagnies royales et de sociétés par actions, il ajoute que : « [...] la considération des personnes est ici moins nécessaire que dans toute autre espèce de société de commerce, et l'on voit l'*intuitu personae* s'amoinrir progressivement dans les sociétés par actions, en même temps que la circulation du titre devient plus aisée »¹³⁶.

La distinction entre les deux catégories de société n'a néanmoins jamais été très nette puisqu'il était possible de constater, dans les statuts de l'une et l'autre, des clauses restreignant de diverses

¹³¹ CAILLEMER (E.), *op. cit.*, *loc. cit.*

¹³² *Ibid.*

¹³³ LÉVY-BRUHL (H.), *Histoire juridique des sociétés de commerce en France aux XVII^{ème} et XVIII^{ème} siècles*, Domat-Montchrestien, 1938.

¹³⁴ LÉVY-BRUHL (H.), *op. cit.*, p. 31 : « Dans une société générale tous les associés sont solidaires et tenus *in finitum* ; dans une société en commandite, seuls sont indéfiniment responsables les commandités, appelés souvent alors complémentaires, les commanditaires ne pouvant subir de perte au-delà de leur apport ; enfin dans la société anonyme [société en participation actuelle] le seul associé responsable vis-à-vis du public est celui avec qui l'on a traité ».

¹³⁵ LÉVY-BRUHL (H.), *op. cit.*, p. 54, citant : « SAVARY, *Parfait Négociant*, 2^{ème} partie, p. 2 ».

¹³⁶ *Ibid.*

Adde LEFEBVRE-TEILLARD (A.), *La société anonyme au XIX^{ème} : du Code de commerce à la loi de 1867, histoire d'un instrument juridique du développement capitaliste*, P.U.F., 1985, p. 203 : « La transmission entre vifs ou à cause de mort [des actions] est donc née dans l'intérêt des compagnies par actions plus que celui de l'actionnaire ; elle a d'abord été une faculté exercée pour éviter la dissolution et le partage de la société dans les cas classiques de dissolution tenant à la personne des associés dans les sociétés de personnes sont issues les sociétés de capitaux ».

façons la possibilité de céder les droits sociaux¹³⁷. Ces restrictions pouvaient s'exprimer par l'instauration d'un droit de préemption¹³⁸, ou même, la stipulation de droits inférieurs au profit des acquéreurs que ceux dont disposaient les autres associés¹³⁹. La société pouvait également exiger certaines qualités pour devenir associé telles des conditions de nationalité ou de religion¹⁴⁰. Mais le plus souvent, elle se réservait le droit de donner son accord à la cession sous la forme d'un agrément assorti, le cas échéant, d'un droit de retrait au profit du cédant¹⁴¹.

Au XIX^{ème} siècle, la rédaction des clauses d'agrément gagna en précision. Il est possible de constater la prévision d'une notification à la charge de l'associé cédant, d'un délai pendant lequel la société devait statuer sur la demande d'agrément et, le cas échéant, à quelles conditions pouvait-elle l'exclure. À titre d'exemple, le Conseil d'État valida une clause rédigée comme suit : « Toute aliénation d'action volontaire ou forcée, faite en faveur d'un autre qu'un actionnaire, ne pourra être inscrite que quinze jours francs après celui où elle aura été notifiée à la société ; et pendant ces quinze jours, si la société n'agrée pas l'acquéreur, elle devra, par des fonds extraordinaires faits à cet effet, d'un

¹³⁷ Adde LEFEBVRE-TEILLARD (A.), *op. cit.*, p. 204 : « Mais les sociétés par actions, qui sont fort peu nombreuses au demeurant, ne marchent pas toutes du même pas. Beaucoup restent à la fin du XVIII^{ème} siècle, dominées par l'*intuitu personae* : on ne s'écarte pas facilement d'un principe qui pendant des siècles a dominé le contrat de société ».

¹³⁸ Le professeur Lévy-Bruhl cite comme exemple une société constituée le 23 août 1760 entre Michaud de Collonge, Chapelet, Cozette et Doré pour le commerce des pelleteries, l'article 8 des statuts stipulant que : « Chaque associé pourra céder moitié de son intérêt à l'exception des sieurs de Collonge et Doré qui n'auront pas cette faculté, et les cessionnaires des sieurs Chapelet et Cozette ne seront point admis dans la société et n'y auront point voix délibérative. Est convenu que le cessionnaire ne pourra être admis en la société, mais l'associé qui aura envie de vendre son intérêt ou portion d'icelui sera tenu d'en prévenir les autres associés qui auront la préférence s'ils jugent à propos de l'acquérir » (*op. cit.*, p. 138).

¹³⁹ Le professeur Lévy-Bruhl cite également comme exemple l'acte constitutif de la société Gardeur et Cie en date du 14 octobre 1785, son article 18 ainsi rédigé : « Aucun desdits sieurs associés comparants, même les propriétaires des 15 derniers sols, ne pourra céder ni transporter à qui que ce soit son intérêt en la présente société qu'au préalable il n'en ait fait part à sa compagnie à laquelle il devra préférence, et en cas de refus de la part des autres coassociés d'acquérir, il aura alors la faculté de faire le transport à qui il jugera à propos, mais dans aucun cas la personne qui sera à ses droits ne pourra être présente aux assemblées, ni avoir voix délibérative et sera tenue de s'en rapporter aux comptes de bordereaux des produits et charges qui lui seront présentés et arrêtés par les associés restants » (*op. cit.*, p. 138).

En cas de transmission pour cause de mort, des restrictions similaires pouvaient être prévues à l'encontre des héritiers. Les statuts d'une société Peltier-Holker prévoyaient ainsi à leur article 24 que : « En cas de mort d'un des associés, la société demeurera résiliée envers les héritiers autres que sa veuve et ses enfants. Ces derniers auront l'option ou de recevoir leur remboursement des fonds de leur mari et père ou de continuer à être associés, mais dans le cas où ils préféreront ce dernier parti, ils ne pourront prendre aucune connaissance des affaires de la société et seront tenus de s'en rapporter au dernier bilan [...]. À l'égard des autres héritiers, ils seront tenus de recevoir leur remboursement conformément au dernier inventaire sans pouvoir le débattre et contester et sans pouvoir participer aux bénéfices faits postérieurement audit inventaire... » (*op. cit.*, p. 222).

¹⁴⁰ Certaines compagnies royales réservaient le droit de participer aux catholiques. Tel était le cas de la Compagnie de Saint-Domingue pour lequel l'édit royal qui la constituait mentionnait que : « Chaque directeur peut disposer, si bon lui semble, au profit de telles personnes qu'il voudra, soit de nos sujets ou étrangers, faisant profession de la religion catholique, apostolique et romaine, de la moitié de son fonds... » (*op. cit.*, p. 58).

¹⁴¹ À cet égard, le professeur Lévy-Bruhl mentionne dans son ouvrage (*op. cit.*, p. 59), par exemple, l'existence d'une délibération relative à la cession de parts de la société des mines d'Aniche en date du 12 avril 1779 selon laquelle : « Monsieur Dehault nous a présenté de la part de Monsieur Desvignes de Valenciennes un contrat de cession de six deniers au profit de Monsieur le comte de Sainte Adelgonde moyennant la somme de cinquante mille livres de principal remboursable en quatre paiements égaux et parmi une rente à quatre pour cent de ladite somme jusqu'au remboursement d'icelle, et en sus six cents francs de pot de vin, ledit contrat passé par devant notaire à Douai le 1^{er} de ce mois et ratifié par mondit sieur Desvignes le 8 suivant, requérant mondit sieur Desvignes MM. les directeurs d'approuver ladite cession ou d'user de son droit de retrait. – Délibéré d'user du droit de retrait de ces six deniers d'intérêts au profit de la compagnie aux mêmes clauses, charges et conditions stipulées audit contrat... ».

consentement unanime, exclure l'acquéreur en lui remboursant le prix de son acquisition et les frais qu'elle lui aura occasionnés, et devenir ainsi elle-même propriétaire des actions aliénées »¹⁴².

Quasi-systématiquement dans les sociétés par actions, il est même prévu des clauses d'agrément s'appliquant spécifiquement aux transmissions successorales. Devenu classique, le texte d'une clause des statuts de la Compagnie royale d'Assurances sur la vie (1820) stipulait ainsi : « En cas de mort d'un actionnaire, ses héritiers ou ayants droit auront pendant six mois la faculté de présenter un actionnaire en remplacement. Si à l'expiration des six mois à partir du jour du décès, il n'a été fait aucune présentation, ou si les remplaçants n'ont pas été admis, les actions seront vendues aux risques et périls de l'actionnaire, sans qu'il soit besoin d'aucune notification ni autorisation. Les rentes transférées en garantie et le produit de la vente des actions seront affectés, par compensation, à ce qui pourra être dû à la compagnie par l'actionnaire décédé. L'excédent, s'il y en a, sera tenu à la disposition des héritiers »¹⁴³.

Cette évolution démontre que la procédure d'agrément, telle qu'elle existe actuellement, est issue d'un lent perfectionnement de la rédaction des clauses statutaires par la pratique. Toutefois, à l'instar du contenu de la dernière citée, celles-ci révélaient généralement un déséquilibre défavorable à l'associé cédant ou à ses ayants droit. La jurisprudence, puis la loi, sont successivement intervenues pour corriger cette situation même si, avant cela, il fallut du temps pour que soit admis le principe de la validité des clauses d'agrément applicables aux actions.

B. Une consécration légale plus ou moins controversée.

33. Plan. Historiquement, si la loi consacra naturellement la soumission à un agrément du transfert des parts sociales (1), cette possibilité fut davantage controversée pour les actions et les valeurs mobilières (2).

1. La consécration naturelle d'un agrément applicable aux transferts de parts sociales.

34. Des droits sociaux marqués par la présence de l'*intuitu personae*. La part sociale peut être définie comme « le droit né du contrat de société au profit de chacun des membres d'une société de personnes (société en nom collectif, société en commandite simple, société civile) ou d'une société à responsabilité limitée »¹⁴⁴. L'absence de négociabilité les caractérise par opposition aux

¹⁴² LEFEBVRE-TEILLARD (A.), *La société anonyme au XIX^{ème} : du Code de commerce à la loi de 1867, histoire d'un instrument juridique du développement capitaliste*, P.U.F., 1985, p. 210 citant l'exemple de l'article 7 des statuts de la société des Mines de Bouxwiller, 1821.

¹⁴³ LEFEBVRE-TEILLARD (A.), *op. cit.*, p. 205.

¹⁴⁴ GOFFAUX-CALLEBAUT (G.), v. « *Part sociale* », in *Rép. Soc. Dalloz*, 2004, n° 1.

actions et aux valeurs mobilières, lesquelles sont des titres négociables, c'est-à-dire, qu'ils sont transmissibles selon un procédé plus simple, plus efficace, et moins onéreux que les formalités requises par l'article 1690 du Code civil¹⁴⁵. Ces dernières, ainsi que la présence de restrictions à la cessibilité des parts sociales (tel un agrément), sont la marque du caractère fermé de ces sociétés et, par conséquent, de l'influence de l'*intuitu personae* dans les rapports entre associés¹⁴⁶. Dès 1804, une conséquence essentielle de cette influence sur les cessions de droits sociaux fut actée par le législateur dans le Code civil.

35. Le principe du consentement des associés à la cession posé dès 1804. Ce principe était mentionné à l'ancien article 1861 du Code civil (aujourd'hui abrogé), lequel disposait que : « Chaque associé peut, sans le consentement de ses associés, s'associer une tierce personne relativement à la part qu'il a dans la société. Il ne peut pas, sans ce consentement, l'associer à la société, lors même qu'il en aurait l'administration »¹⁴⁷.

Applicable à l'ensemble des sociétés en raison de son insertion au sein de leur droit commun, ce texte affirmait que si la cession occulte réalisée sous la forme d'une convention de croupier était valable, en revanche, pour être opposable à la société, cette cession devait avoir été approuvée par les autres associés. Dorénavant, dans le cadre du droit spécial à chaque société, les textes contemporains expriment cette nécessité sous le terme d'« agrément »¹⁴⁸.

Mais au regard de la législation actuelle, il pourrait toutefois être objecté que, dans certains cas, comme par exemple les cessions entre associés, les parts de SARL sont exemptées par la loi d'un agrément de la société¹⁴⁹ ; celles-ci se rapprocheraient dès lors davantage des actions. Or cette conclusion ne peut être approuvée car ces dérogations ponctuelles ne sont que facultatives. De surcroît, la part sociale ne devient jamais un titre négociable. La possibilité de soumettre le transfert de celui-ci à un agrément fut, au contraire, difficilement admise.

Adde Avis de la Commission de législation civile et criminelle, Chambre des députés n° 5165, session extraordinaire de 1922, cité par BOUCOURECHLIEV (J.), « Expérience et propositions : France », in *Propositions pour une société fermée européenne*, in *Étude du Centre de recherche sur le droit des affaires de la Chambre de commerce de Paris, C.R.E.D.A.*, 1997, p. 153, spéc. p. 156, n° 240 : il s'agit de droits sociaux « devant rester entre les mains de personnes associées de façon durable, qui ne sont pas des valeurs de spéculation [...] ». Dans ces sociétés, les rapports de personnes prennent le pas sur les rapports pécuniaires ».

¹⁴⁵ V. pour les atténuations récentes faites à cette différence : *infra* n° 131 et s.

¹⁴⁶ Pour plus de précisions concernant cette influence, v. *supra* n° 25 et s.

¹⁴⁷ Pour les commentaires de cet article, v. TROPLONG (M.), *Du contrat de société civile et commerciale*, t. 2, éd. Charles Hingray, 1843, p. 233. Pour l'absence de synonymie du mot « consentement » à un agrément, v. *supra* n° 8.

¹⁴⁸ V. en ce sens les articles suivants : C. civ., art. 1861 à 1868 (société civile) ; C. com., art. L. 221-13 et L. 221-14 (société en nom collectif) ; C. com., art. L. 222-8 (société en commandite simple) ; C. com., art. L. 223-13 à L. 223-16 (SARL).

¹⁴⁹ C. com., art. L. 223-16.

2. La consécration controversée d'un agrément applicable aux transferts d'actions et de valeurs mobilières.

36. **Plan.** Les actions figurent parmi les valeurs mobilières¹⁵⁰. Elles se caractérisent par deux éléments : d'une part, leur représentation d'une fraction du capital social attribué à l'actionnaire en contrepartie de l'apport réalisé et, d'autre part, leur négociabilité. La compatibilité de cette dernière avec la mise en œuvre d'un agrément suscita longtemps des interrogations car toutes deux semblaient contradictoires (a). Au XIX^{ème} siècle si, dans sa jurisprudence relative à l'autorisation gouvernementale des sociétés anonymes, le Conseil d'État y affirma son hostilité¹⁵¹, en revanche, la Cour de cassation l'admit en adoptant une conception plus contractuelle qu'institutionnelle de la société. Il fallut attendre le XX^{ème} siècle et la réforme des sociétés commerciales de 1966 pour que la validité des clauses d'agrément applicables aux transferts d'actions soit légalement consacrée, mais dans une certaine limite toutefois (b).

a. La raison de la controverse.

37. **La libre circulation des actions.** Dans ces sociétés, la personnalité du cessionnaire d'actions importe, en principe, aussi peu que celle du cédant, pourvu que le financement de leur capital social soit assuré. La mort, la disparition, l'infortune, ou simplement, le changement de volonté de l'actionnaire, les indiffèrent. Cette absence d'*intuitu personae* facilite alors doublement la libre circulation des droits de l'associé par rapport à ceux détenus dans les sociétés de personnes. Leur circulation est en effet accrue pour deux principales raisons : d'une part, grâce à un mode de transfert simplifié, rapide et peu coûteux, la négociabilité¹⁵² et, d'autre part, grâce à la liberté de l'actionnaire de céder ses titres. Maladroitement dénommée « libre négociabilité »¹⁵³, cette dernière a rapidement été érigée en principe fondamental par le Conseil d'État au début du XIX^{ème}

¹⁵⁰ Lesquelles sont définies à l'article L. 211-2 du Code monétaire et financier comme « les titres émis par des personnes morales, publiques ou privées, transmissibles par inscription en compte ou tradition, qui confèrent des droits identiques par catégorie et donnent accès, directement ou indirectement, à une quotité du capital de la personne morale émettrice ou à un droit de créance général sur son patrimoine ».

¹⁵¹ V. *infra* n° 40.

¹⁵² Ce principe avait été consacré par le Code de commerce en 1807 aux anciens articles 35 et 36 lesquels mentionnaient le mode de cession des titres au porteur et des titres nominatifs. Aujourd'hui, et depuis la réforme opérant la dématérialisation des titres, la négociabilité ne vise plus la circulation par *tradition* du titre en tant que document, mais le virement de compte à compte. V. en ce sens : LE CANNU (P.), DONDERO (B.), *Droit des sociétés*, Montchrestien, 6^{ème} éd., 2015, p. 721, n° 1106.

¹⁵³ LE CANNU (P.), DONDERO (B.), *op. cit.*, p. 753, n° 1174. Les professeurs soulignent qu'il faut distinguer la négociabilité, qui est un attribut technique de l'action, et la libre négociabilité, qui représente pour l'actionnaire la liberté de disposer de son titre. V. également en ce sens : GUYON (Y.), *Droit des affaires, Droit commercial général et Sociétés*, t. 1, Économica, 12^{ème} éd., 2003, p. 793, n° 738. Certains auteurs préfèrent employer l'expression « libre cessibilité » afin d'éviter toute confusion (v. par exemple : BERTREL (J.-P.), « Fusions-acquisitions : une clause d'agrément est-elle applicable en cas de fusion ou scission ? », *Dr. et patrimoine* avril 2003, n° 114).

siècle¹⁵⁴. Contribuant ainsi à l'institutionnalisation des sociétés anonymes, celui-ci défendit âprement ce principe face aux usages qui avaient pour habitude d'insérer des clauses introductives d'*intuitu personae* dans les statuts de sociétés censées en être dépourvues¹⁵⁵. Toutefois, la Haute juridiction administrative n'en faisait pas une application absolutiste et se réservait la possibilité d'autoriser exceptionnellement de telles clauses¹⁵⁶. Plus tard, en dépit de la suppression de l'autorisation gouvernementale par la première grande loi relative aux sociétés par actions, le principe subsista. Cependant, ce texte adopté le 24 juillet 1867 ne disait mot sur l'existence d'exceptions à celui-ci¹⁵⁷, sauf une, notable. Mentionnée à son article 50, celui-ci autorisait l'insertion d'une clause d'agrément dans les statuts des sociétés à capital variable. Le silence de la loi à propos des sociétés à capital fixe n'empêcha pas la pratique de continuer à insérer de telles clauses¹⁵⁸. Face à la ténacité de ces habitudes, la question se posa alors de savoir si la libre négociabilité des actions était compatible avec la mise en œuvre d'une clause d'agrément.

38. La controverse relative à la validité de la clause d'agrément. Par cette loi, qui allait devenir le socle du droit des sociétés par actions pendant près d'un siècle, le législateur entérina

¹⁵⁴ L'ancien article 37 du Code de commerce instituait un contrôle par le Conseil d'État de la constitution des sociétés anonymes. Plus précisément, ce contrôle visait à recueillir successivement l'avis de trois autorités administratives : celui de la préfecture, celui du gouvernement, et en dernier lieu, celui du Conseil d'État. Sa jurisprudence contribua dans une large mesure à l'élaboration du droit des sociétés anonymes, laquelle avait pour fondement tant les règles issues des usages que les principes consacrés par le Code de commerce de 1807. Le principe de libre négociabilité a ainsi été déduit des anciens articles 35 et 36 de ce code (v. pour la rédaction de ces articles : LEFEBVRE-TEILLARD (A.), *op. cit.*, p.18).

¹⁵⁵ LÉVY-BRUHL (H.), *op. cit.*, p. 52 ; LEFEBVRE-TEILLARD (A.), *op. cit.*, p. 175 et p. 201. Ces clauses étaient principalement la clause d'agrément, la clause de retrait et la clause de préemption. Elles avaient surtout vocation à protéger les affaires de famille et leurs fondateurs. Cette pratique visait à obtenir le même effet de protection que celui obtenu par la structure de la commandite, modèle historique de la société par actions.

Comp. SALEILLES (R.), « Étude sur l'histoire des sociétés en commandite », *Annales de droit commercial* 1895, p. 10 et p. 49 ; et 1897, p. 29.

Ce visage de la société anonyme forgé par le Conseil d'État semble aller à rebours de l'idée actuelle selon laquelle il y aurait de nos jours une évolution de l'*intuitu pecuniae* vers l'*intuitu personae* : CACHIA (M.), « Le déclin de l'anonymat dans les sociétés anonymes », in *Etudes offertes à Pierre Kayser*, P.U.A.M., 1979, t. 1, p. 213 ; PARLEANI (G.), « Les pactes d'actionnaires », *Rev. sociétés* 1991, p. 2 ; HELOT (S.), « La place de l'*intuitus personae* dans les sociétés de capitaux », *D.* 1991, chron. p. 143 ; PASCUAL (I.), « La prise en considération de la personne physique dans le droit des sociétés », *RTD com.* 1998, p. 273. Et déjà : ESCARRA (J.), « Les restrictions conventionnelles de la transmissibilité des actions », *Annales de droit commercial* 1911, p. 425 ; CAMERLYNCK (G.), *De l'intuitus personae dans la S.A.*, thèse Paris, 1929 ; BOURCART (G.), « De l'*intuitus personae* dans les sociétés », *J. sociétés* 1927, p. 513 ; HOUPIN (C.), BOSVIEUX (H.), *Traité général, théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations (avec formules)*, t. 1, Sirey, 1935, p. 540, n° 456.

¹⁵⁶ À partir de 1842, le Conseil d'État y devint clairement hostile et n'autorisait plus ces clauses qu'à l'égard des compagnies d'assurance (LEFEBVRE-TEILLARD (A.), *La société anonyme au XIX^{ème} : du Code de commerce à la loi de 1867, histoire d'un instrument juridique du développement capitaliste*, P.U.F., 1985, p. 211). On retrouve l'existence de ces clauses dans les statuts de ces sociétés jusqu'en 1966 car il en a été fait mention lors des débats parlementaires relatifs à la réforme des sociétés commerciales (v. les propos du sénateur Dailly rapportés au *JO Sénat* CR, 27 avril 1966, p. 349 : « Pratiquement, il y a très peu de valeurs qui sont inscrites à une cote officielle et qui sont soumises aux clauses d'agrément. À Paris, ce sont essentiellement les compagnies d'assurances, parce qu'elles appartenaient, avant d'être nationalisées pour la plupart, à des groupes financiers différents qui ne voulaient à aucun prix qu'on aille voir de l'un à l'autre comment se passaient leurs affaires »).

¹⁵⁷ Un effet de la loi de 1867 est d'avoir enfermé toutes les sociétés anonymes dans le même cadre légal. Or, en dépit de son apparence générale et contraignante, la jurisprudence du Conseil d'État était finalement assez casuelle et encline aux exceptions. Pour des exemples, v. LEFEBVRE-TEILLARD (A.), *op. cit.*, p. 447.

¹⁵⁸ LÉVY-BRUHL (H.), *op. cit.*, p. 48 et p. 180 ; LEFEBVRE-TEILLARD (A.), *op. cit.*, p. 211. Pour une constatation similaire depuis la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966, v. JADAUD (B.), « Qui décide de l'agrément à la cession d'actions ? », *JCP E* 2001, p. 1946, *spéc.* n° 3 : « Pour toutes les sociétés anonymes de droit commun [...], la clause d'agrément n'est qu'une faculté. Mais force est de constater sa constance dans les statuts de ces sociétés, pour toute cession d'actions, sauf interdictions ».

une part importante de la jurisprudence du Conseil d'État¹⁵⁹. Cependant, sans l'autorisation gouvernementale, les sociétés anonymes perdirent leur spécificité et devinrent un type de sociétés parmi d'autres. D'institutions économiques, elles furent réduites à redevenir de simples contrats¹⁶⁰. La doctrine civiliste s'interrogea sur ce nouvel objet d'étude, et plus particulièrement, sur la possibilité d'insérer des clauses dites restrictives de la transmissibilité des actions. Parmi elles, la clause d'agrément focalisa leur attention¹⁶¹. À la question précédemment posée de la compatibilité du principe de libre négociabilité avec la mise en œuvre d'une clause d'agrément, la réponse apportée était d'autant plus importante qu'elle intégrait un débat plus vaste : celui de la détermination du critérium de l'action¹⁶². En effet, la soumission du transfert de la propriété des actions à un agrément ne les fait-elle pas dégénérer en parts d'intérêts, entraînant, par là même, l'application du régime des sociétés de personnes (notamment l'application de l'article 1690 du Code civil en cas de cession des droits sociaux, ainsi que la responsabilité illimitée des associés)¹⁶³ ?

Dès lors, le silence de la loi de 1867 s'interprétait-il comme une autorisation de ces clauses ? Ou au contraire, fallait-il déduire de leur mention spéciale, pour les sociétés à capital variable, une interdiction générale pour les sociétés à capital fixe¹⁶⁴ ? Dans le prolongement de la jurisprudence du Conseil d'État, les juges du fond furent plutôt favorables à cette dernière interprétation. Leur

¹⁵⁹ Cette loi reprenait également le contenu de deux lois précédentes : une loi du 17 juillet 1856 relative aux commandites par actions et une autre du 23 mai 1863 relative aux sociétés à responsabilité limitée (à différencier néanmoins de la loi du 7 mars 1925 instituant la SARL).

¹⁶⁰ Ceci eut pour effet de freiner considérablement leur évolution jusqu'à l'influence de certains juristes, tel Edmond Thaller à la fin du XIX^{ème} siècle. *Adde* LEFEBVRE-TEILLARD (A.), *op. cit.*, p. 447 : cet « effet malheureux de la loi de 1867, qui livre la société anonyme à une doctrine et dans une moindre mesure à une jurisprudence qui n'étaient en fin de compte pas prêtes à la recevoir ». On citera à cet égard la jurisprudence dite des « clauses essentielles » qui exigeait un accord unanime pour modifier une clause essentielle des statuts (Cass. req., 30 mai 1892, *D.* 1893, 1, p. 107, note (E.) THALLER). La loi du 22 novembre 1913 y mit fin en faisant de la règle de la majorité le principe, tandis que l'unanimité devint l'exception.

¹⁶¹ Pour un résumé de ces débats, v. ESCARRA (J.), « Les restrictions conventionnelles de la transmissibilité des actions », *Annales de droit commercial* 1911, p. 432.

¹⁶² THALLER (E.), *Traité élémentaire de droit commercial*, Paris, Arthur Rousseau, 1898, p. 298, n° 487 : « Ainsi, quand même l'associé pour transmettre *jure civili* sa part, constatée ou non dans un titre séparé, devrait obtenir l'autorisation du gérant seul, le régime des sociétés par actions deviendrait applicable. À plus forte raison, en serait-il de même, si les parts étaient cessibles sans aucune autorisation ».

Comp. LYON-CAEN (Ch.) et RENAULT (L.), *Manuel de droit commercial*, L.G.D.J., 8^{ème} éd., 1906, p. 180, n° 178. Selon ces auteurs, il n'est pas possible de dégager une règle absolue, tout dépend de l'importance de la restriction. Si la cession a un caractère normal et ordinaire, alors la part d'associé restera une action. En revanche, si par exemple il a été stipulé que les associés ne pourront céder leurs parts qu'à certains parents, alors elles ne sont plus vraiment cessibles, et doivent donc être qualifiées de parts d'intérêt. Pour les autres critères, v. HOUPIN (C.), BOSVIEUX (H.), *Traité général, théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations (avec formules)*, t. 1, Sirey, 1935, p. 429, n° 355.

¹⁶³ V. par exemple pour une décision ayant considéré que l'insertion de clauses ayant pour effet de rendre librement cessibles les parts d'une SARL entraînait la nullité de la société, devenue alors une société par actions sans avoir observé les prescriptions de la loi du 24 juillet 1867 : CA Paris, 21 novembre 1951, *J.* 1952, 2, p. 105, concl. Gégout.

¹⁶⁴ L'article 50 de la loi du 24 juillet 1867 disposait que : « Les actions ou coupons d'actions seront nominatifs, même après leur entière libération. La négociation ne pourra avoir lieu que par voie de transfert sur les registres de la société, et les statuts pourront donner, soit au conseil d'administration, soit à l'assemblée générale, le droit de s'opposer au transfert ». L'article 52, alinéa 2 précisait qu'« il pourra être stipulé que l'assemblée générale aura le droit de décider, à la majorité fixée pour la modification des statuts, que l'un ou plusieurs des associés cesseront de faire partie de la société ». Enfin, ce texte ajoutait qu'en cas de refus, l'actionnaire était remboursé de son apport.

raisonnement se justifiait sur le fondement de la spécificité des sociétés par actions, ainsi que l'atteinte portée par ces clauses au droit de propriété des titres¹⁶⁵. Telle ne fut pas, en revanche, l'interprétation retenue par la Cour de cassation.

b. Une consécration d'abord jurisprudentielle, puis légale.

39. Plan. La validité des clauses d'agrément visant les transferts d'actions fut d'abord admise par la Cour de cassation (α), puis par le législateur lors de la réforme des sociétés commerciales de 1966 (β).

a. Une première consécration par la Cour de cassation.

40. L'admission par la Cour de cassation de la validité de la clause d'agrément dans les sociétés par actions. Ce problème ne fut tranché directement qu'en 1902 par un arrêt de la Chambre des requêtes¹⁶⁶. Dans un attendu dont la motivation est particulièrement explicite, elle affirma que : « [...] l'article 36 du Code de commerce indique les formes auxquelles est soumise, au moyen d'un transfert, la cessibilité des actions nominatives, mais qu'aucun article de loi n'empêche les statuts d'une société de subordonner la cession des actions à certaines autorisations, soit de l'assemblée générale, soit de son conseil d'administration ; - que , si cette restriction à la cessibilité des actions est expressément autorisée pour les sociétés à capital variable par l'article 50 de la loi du 24 juillet 1867, elle n'est pas contraire à la nature, à l'essence des sociétés anonymes ordinaires ; qu'il doit en être d'autant plus ainsi quand cette société, comme dans le cas actuel, est non seulement un groupement de fonds, mais une association de personnes dont la considération est de la plus haute importance pour l'existence et le fonctionnement de la société (Req., 27 mars 1878) ; - Attendu que l'expérience a démontré, dans les

¹⁶⁵ V. par exemple : Tribunal de commerce de la Seine, 9 avril 1894, *Journ. sociétés* 1895, p. 224 : « [...] que ce caractère de cessibilité paraît si bien être un caractère inhérent aux actions d'une société anonyme que la loi indique les formes légales de transmission des titres ; Attendu que si, dans une société en nom collectif ou en commandite, la considération des personnes prime quelquefois la considération des capitaux, alors que les droits sociaux sont représentés par des parts d'intérêts et si, de ce fait, résultent nécessairement des restrictions à la transmission de ces parts d'intérêts, il en est autrement dans une société anonyme, dans laquelle disparaît la considération de la personne des associés, lesquels transfèrent purement et simplement leurs droits sociaux à leurs cessionnaires, avec les titres qui les constatent [...] ».

¹⁶⁶ Cass. req., 29 mars 1902, *D.* 1904, 1, p. 49 ; *S.* 1905, 1, p. 89.

Comp. affirmant implicitement la validité de la clause d'agrément dans des litiges où cette question n'était pas posée directement : Cass. req., 27 mars 1878, Société de la Belle Jardinière, *D.* 1878, 1, p. 1308. Dans cet arrêt rendu à propos d'une société en commandite par actions, la Cour de cassation estima que la cession des actions n'était pas affectée par la clause d'agrément, et que cette cession n'était pas soumise aux formalités de l'article 1690 du Code civil. Également : Cass. req., 19 février 1878, *D.* 1879, 1, p. 332 ; *S.* 1880, 1, p. 77 ; Cass., 4 janvier 1888, *D.* 1888, 1, p. 37 ; *S.* 1888, 1, p. 254 ; Cass., 20 février 1894, *D.* 1894, 1, p. 185.

Adde pour l'admission de la validité d'une clause de préemption : Cass. req., 13 mars 1882, *D.* 1883, 1, p. 1883 ; Cass., 14 mai 1895, *Journ. Sociétés* 1895, p. 312, « [...] bien que les titres des sociétés anonymes soient, par essence, cessibles, il est permis à une société anonyme, quand les actions sont nominatives, d'en restreindre le commerce par une clause assurant un droit de préférence pour un prix fixé ».

sociétés de personnes, combien il importe qu'elles n'existent qu'entre personnes ayant des liens d'estime, de sympathie et appartenant au même monde [...] ».

Contrairement aux juges du fond, la Cour de cassation estima qu'en l'absence d'interdiction expresse de la loi, le principe était celui de la liberté de stipuler des clauses restrictives de la cessibilité des actions¹⁶⁷. Le fait que seule une disposition spéciale de la loi l'autorisait pour les sociétés à capital variable¹⁶⁸ n'excluait pas, pour autant, cette liberté à l'égard des sociétés à capital fixe.

Cette solution doit être approuvée pour deux raisons. D'abord parce que la variabilité du capital social n'est qu'une modalité applicable aux formes sociales existantes¹⁶⁹, ce qui exclut l'application de l'adage « *specilia generalibus derogant* » comme le suggéraient les juges du fond. Sur ce point, la position de la Cour de cassation s'inscrit à rebours de la jurisprudence institutionnaliste de la Haute juridiction administrative. Ensuite, son raisonnement se justifie sur un fondement contractuel, celui du caractère *intuitu personae* du groupement¹⁷⁰, soulignant de la sorte l'influence de ce dernier sur l'existence et le fonctionnement de cette « association de personnes »¹⁷¹.

Par ailleurs, cette motivation repose également sur une interprétation stricte du champ d'application de l'ancien article 36 du Code de commerce, celle-ci étant restreinte aux formes de transfert des actions nominatives alors que, par une interprétation souple, le Conseil d'État en déduisait le principe de la libre négociabilité des actions¹⁷².

Cet arrêt a, par conséquent, créé une nette rupture avec la SA institutionnelle façonnée par la jurisprudence administrative, laquelle se caractérisait par son hostilité à la considération de la personne des actionnaires. Depuis lors, seule la SA cotée semble être la véritable héritière de ce modèle institutionnel¹⁷³, même si la loi du 24 juillet 1966 a largement conféré cette physionomie à la SA non-cotée.

¹⁶⁷ Un tel raisonnement a été récemment repris à propos de la possibilité d'insérer des clauses d'agrément visant les opérations de restructuration, fusion et scission. En effet, en l'absence de précision légale, la doctrine s'est demandée s'il fallait interpréter le silence de la loi dans le sens d'une interdiction ou d'une autorisation (v. *infra* n° 147 et s.).

¹⁶⁸ Loi du 24 juillet 1867, art. 50.

¹⁶⁹ V. également en ce sens : MORTIER (R.), *Opérations sur capital social*, 2^{ème} éd., Litec, 2015, p. 72, n° 84.

¹⁷⁰ À propos du caractère éminemment contractuel de cette notion, v. *supra* n° 20 et s.

¹⁷¹ Expression utilisée dans l'arrêt commenté.

¹⁷² V. les références citées par : LEFEBVRE-TEILLARD (A.), *La société anonyme au XIX^{ème} : du Code de commerce à la loi de 1867, histoire d'un instrument juridique du développement capitaliste*, P.U.F., 1985. p. 18. V. *supra* n° 37 et s. ainsi que les références en note de bas de page.

¹⁷³ *Rappr.* CONSTANTIN (A.), « L'application des clauses d'agrément en cas de fusion ou scission : le poids des mots, le choc des principes », *Bull. Joly Sociétés* 2003, p. 742, *spéc.* n° 9 : « Le principe de libre négociabilité est davantage aujourd'hui, de l'essence du marché boursier. Or, les sociétés anonymes ne sont pas encore réservées par la loi aux entreprises cotées, et peuvent toujours se présenter comme des sociétés fermées ».

β. Une seconde consécration par la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 relative aux sociétés commerciales.

41. L'organisation de la procédure d'agrément par le texte de 1966. Lors de cette réforme, l'objectif du législateur était de coordonner et de simplifier des dispositions éparses, ainsi que de trier les solutions d'une jurisprudence devenue abondante depuis 1867. Par cette loi, celui-ci reconnaissait explicitement, après la Cour de cassation, la validité d'une atténuation au principe de la libre négociabilité des actions¹⁷⁴.

Quant au régime de l'agrément, celui-ci résultait d'un compromis entre un Gouvernement favorable à la protection de l'*intuitu personae*¹⁷⁵ et un Parlement partisan d'un libéralisme accru, évidemment favorisé par le principe de la libre circulation des actions¹⁷⁶. Certains points de ce régime suscitèrent de longues discussions lors des débats parlementaires, en particulier celui du domaine de la clause d'agrément. La possibilité de subordonner à un agrément statutaire les cessions d'actions entre actionnaires et celles des sociétés cotées fit l'objet des principaux désaccords.

S'agissant des cessions entre actionnaires, l'opinion libérale du Parlement l'emporta : la loi interdit de soumettre ces transferts à l'agrément de la société¹⁷⁷. Au contraire, les sociétés cotées furent autorisées à stipuler des clauses d'agrément conformément aux vœux du Gouvernement. Il s'agissait alors de laisser l'opportunité à ces sociétés de se prémunir contre les cessions portant atteinte à leurs intérêts, comme à celui de l'économie nationale¹⁷⁸. Cependant, aucune de ces dispositions ne prospéra. Elles furent définitivement supprimées par l'ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004¹⁷⁹. La réforme opérée par cette dernière demeure néanmoins perfectible.

¹⁷⁴ Ce principe fut consacré comme étant de l'essence des sociétés anonymes par la Cour de cassation (Cass. com., 22 octobre 1969, *Bull. civ.* 1969, IV, n° 307, *Rev. sociétés* 1970, p. 288).

Adde NIZARD (F.), *Les titres négociables*, préf. H. Synvet, Economica, 2003 ; DIDIER (P.), « Les biens négociables », in *Aspects actuels du droit des affaires : mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p. 327.

¹⁷⁵ V. les propos de Monsieur Jean Foyer, alors Garde des sceaux, au *JOAN CR*, 11 juin 1965, p. 2018.

¹⁷⁶ « [...] tout cela est une forme de libéralisme à laquelle nous sommes attachés », propos du sénateur Dailly rapportés au *JOAN CR*, 10 juin 1966, p. 1958.

¹⁷⁷ Les députés considéraient que cet agrément était inutile car il avait déjà été donné lors de l'entrée de l'actionnaire. Pour plus de précisions, v. *infra* n° 98.

¹⁷⁸ *JO Sénat*, 23 juin 1966, p. 937.

¹⁷⁹ En présence de sociétés cotées, la validité des clauses d'agrément avait été rapidement privée d'effet par la réglementation de l'ancienne Commission des opérations de bourse (*Bull. COB*, décembre 1971, n° 33, p. 14 ; *JCP* 1972, III, 38769). Puis, elles furent formellement interdites par le règlement générale de l'Autorité des marchés financiers, dont l'article 231-6 indiquait que « sauf quand elle résulte d'une obligation législative, aucune clause d'agrément statutaire d'une société visée ne peut être opposée à l'initiateur d'une offre publique pour les titres qui lui seraient apportés dans le cadre de son offre ».

C. Des réformes récentes perfectibles.

Ces réformes concernent le régime de l'agrément applicable au transfert de parts sociales de SARL, ainsi que celui des actions et des valeurs mobilières. Elles sont cependant perfectibles en ce sens qu'elles ajoutent des questionnements à ceux existants avant leur adoption.

42. Les modifications réalisées par l'ordonnance n° 2004-274 du 25 mars 2004 portant simplification du droit et des formalités pour les entreprises¹⁸⁰. Tant les modifications apportées en cas de cession qu'en cas de transmission de parts de SARL suscitent des interrogations, à tel point d'ailleurs que certains auteurs se sont demandés si elles n'avaient pas davantage compliqué ce régime, et cela, contrairement à l'objectif initial de simplification du droit¹⁸¹. Par exemple, l'agrément en cas de cession est dorénavant valablement accordé à la double majorité de la moitié des associés, représentant la moitié des parts sociales, sauf si les statuts prévoient une majorité plus forte¹⁸². Or, cette dernière possibilité concerne-t-elle le nombre de parts sociales ? Celui des associés ? Ou les deux¹⁸³ ? Est-il possible de requérir l'unanimité¹⁸⁴ ? L'ordonnance consacre également le droit du cédant de renoncer à la cession initiale en cas de refus d'agrément, mais sans toutefois préciser à quel moment cette renonciation pouvait être exercée¹⁸⁵. De même, en cas de transmission pour cause de mort, si de nombreux auteurs ont salué le fait que l'ordonnance avait comblé le « trou législatif »¹⁸⁶ laissé par la loi du

¹⁸⁰ Parmi les nombreux commentaires de l'ordonnance du 25 mars 2004, v. notamment : CONSTANTIN (A.), « Commentaires des dispositions de l'ordonnance du 25 mars 2004 relatives au droit des sociétés », *Rev. Lamy Droit des affaires* 2004, n° 73 ; LECOURT (A.), « Le nouveau régime de la transmission des parts sociales de la SARL suite au décès d'un associé », *Dr. sociétés* 2005, p. 7 ; LÉCUYER (H.), « Commentaire de l'ordonnance du 25 mars 2004 dans ses dispositions relatives aux SARL », *LPA* 16 avril 2004, n° 77, p. 4 ; MONNET (J.), « SARL et l'ordonnance du 25 mars 2004 : une véritable réforme », *Dr. sociétés* 2004, étude 9 ; SAINTOURENS (B.), « L'attractivité renforcée de la SARL après l'ordonnance n° 2004-274 du 25 mars 2004 », *Rev. sociétés* 2004, p. 207.

¹⁸¹ En ce sens, v. CONSTANTIN (A.), *art. préc.* : « [...] la méthode dénoncée précédemment, qui n'a pour elle que la commodité, pourrait faire douter que cette volonté de simplification des règles juridiques ne soit pas autre chose qu'un effet d'annonce ».

V. également : LÉCUYER (H.), *art. préc.* : « [...] le bilan de la présente réforme sera ainsi aisée à établir. Après elle, le droit applicable aux entreprises est quantitativement plus important et substantiellement plus compliqué qu'avant ».

¹⁸² C. com., art. L. 223-13. Auparavant, la loi exigeait une double majorité de trois-quarts des parts sociales et de la moitié des associés.

¹⁸³ V. pour plus de précisions et de questionnements à ce propos *infra* n° 368.

¹⁸⁴ V. sur ce point : SAINTOURENS (B.), « L'attractivité renforcée de la SARL après l'ordonnance n° 2004-274 du 25 mars 2004 », *Rev. sociétés* 2004, p. 207, *spéc.* n° 26 : « Si l'on admettait cette possibilité, de par la volonté des associés, la SARL rejoindrait alors clairement le camp des sociétés de personnes puisque les parts d'une société en nom collectif ne peuvent être cédées qu'avec le consentement de tous les associés. Pour notre part, s'agissant d'une question relevant du fonctionnement interne de la société, nous serions favorables à une stipulation statutaire imposant l'unanimité des associés. L'abus de minorité est susceptible d'apporter, le cas échéant, une issue utile à toute situation de blocage qui résulterait de l'attitude abusive de l'un des associés ».

¹⁸⁵ C. com., art. L. 223-14 : « [...] sauf si le cédant renonce à la cession des parts. Les frais d'expertise sont à la charge de la société ». Pour des analyses plus approfondies, v. *infra* n° 509.

¹⁸⁶ Se référant à DERRUPPÉ (J.), « Un trou législatif : le choix du successeur d'un associé décédé », in *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Dalloz, 1991, p. 73.

4 janvier 1978, la rédaction de cet apport est sévèrement critiquée comme étant « trop servile »¹⁸⁷ par rapport au texte de la SNC et, par conséquent, dénuée de sens¹⁸⁸. Cette nouvelle disposition suscite, par ailleurs, de nombreuses questions relatives à l'articulation du droit des sociétés et celui des successions¹⁸⁹. Une constatation similaire peut être faite à l'égard des modifications apportées au régime de l'agrément du transfert de valeurs mobilières et d'actions.

43. Les modifications réalisées par l'ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004. Le principe de la libre négociabilité étant toujours un principe fondamental¹⁹⁰, il ne saurait subir que des exceptions spécialement autorisées par le législateur. Cette parcelle de liberté laisse aux sociétés par actions la possibilité de se prémunir contre les transferts de titres susceptibles de porter atteinte à leurs intérêts, dans la limite des autorisations et interdictions nouvellement édictées quant au domaine des clauses d'agrément¹⁹¹.

- S'agissant de ses autorisations, l'ordonnance a innové à deux égards. En premier lieu, la clause d'agrément peut dorénavant viser les cessions entre actionnaires. Cette réforme est bienvenue car elle permet aux sociétés par actions de rivaliser avec les SARL dans l'organisation du contrôle des mouvements internes du capital social¹⁹². Ce nouveau visage d'une société plus fermée n'est cependant que partiel car son domaine comporte encore des interdictions¹⁹³. En revanche, l'extension du domaine de l'agrément à l'ensemble des titres émis semble maximale depuis qu'il peut viser « la cession d'actions ou de valeurs mobilières donnant accès au capital, à quelque titre que ce soit »¹⁹⁴. Cette dernière expression est importante car elle permet d'étendre le champ d'application de la clause à un maximum de titres donnant accès au capital comme, par exemple, des obligations remboursables en actions¹⁹⁵, à l'exception, toutefois, de ceux visés par une interdiction de l'agrément.

¹⁸⁷ LÉCUYER (H.), *art. préc.*

¹⁸⁸ *Ibid.* : « [...] car le contexte dans lequel elle s'insère n'a rien à voir dans l'un et l'autre cas. »

Adde LECOURT (A.), *art. préc., spéc.* n° 11 : «[...] cet “emprunt” est très maladroit et dénote du manque de recul du législateur, notamment sur le contexte sociétaire français ».

¹⁸⁹ V. spécialement sur ce point : LÉCUYER (H.), *art. préc.*, s'interrogeant sur la définition qu'il convient d'accorder au mot « héritier », ainsi que le sens du « rapport à la succession » mentionnés tous deux à l'article L. 223-14 et, par ailleurs, la combinaison qu'il convient de faire de la lecture de cet article avec celle des articles 860 et 1390 du Code civil (à ce propos, v. *infra* n° 249 et s., n° 486).

¹⁹⁰ Cass. com., 22 octobre 1969, n° 67-10.189, *Bull. civ.* 1969, IV, n° 307, *Rev. sociétés* 1970, p. 288.

¹⁹¹ Risque de sauts de majorité, de prise de contrôle par une entreprise concurrente, etc.

¹⁹² La doctrine a ainsi pu dire que la société anonyme offrait un nouveau visage, celui d'une société fermée, à l'*intuitu personae* plus fort et offrant une plus grande liberté statutaire. V. en ce sens : DONDERO (B.), « Les clauses d'agrément dans les sociétés par actions après la réforme », *LPA* 22 septembre 2005, n° 189, p. 44 ; MALECKI (C.), « Le remaniement du régime des clauses d'agrément par l'ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004 », *D.* 2004, p. 2275 ; SAINTOURENS (B.), « Le nouveau droit des clauses d'agrément », *Rev. sociétés* 2004, p. 611.

¹⁹³ V. *infra* n° 118 et s.

¹⁹⁴ C. com., art. L. 228-23, al. 1^{er}.

¹⁹⁵ Pour d'autres exemples, v. DOHL (D.), v. « Valeurs mobilières », in *Rép. Soc. Dalloz*, 2005, *spéc.* n° 87.

- S'agissant des interdictions, l'ordonnance du 24 juin 2004 en a précisé deux nouvelles. En premier lieu, une clause d'agrément ne peut viser non seulement « la liquidation de communauté de biens entre époux »¹⁹⁶, mais plus généralement « la liquidation du régime matrimonial »¹⁹⁷. La nécessité de cet élargissement n'était toutefois pas certaine car il est vraisemblable que la pratique interprétait déjà largement le champ de cette interdiction ; les clauses d'agrément étant interdites en cas de cession faite au conjoint¹⁹⁸. Une seconde interdiction a une portée plus importante. Dans la lignée de celle faite par la loi de 1966 de soumettre à un agrément conventionnel les titres au porteur¹⁹⁹, et conformément à la réglementation émise par les autorités boursières compétentes²⁰⁰, l'ordonnance de 2004 l'a étendu aux transferts des titres négociés sur un marché réglementé²⁰¹, en dépit de la possible survivance de *l'intuitu personae* dans ces sociétés²⁰². Une telle abrogation est pourtant satisfaisante car, en présence d'une contradiction entre la loi et la réglementation boursière, la sanction de la nullité planait sur les cessions prises conformément au règlement de l'Autorité des marchés financiers.

Cette réforme n'en demeure pas moins incomplète. Nombreux sont les commentateurs à avoir regretté que le législateur n'ait pas cueilli cette occasion pour préciser l'articulation entre le droit commun des sociétés par actions et celui propre à la SAS ou à la société européenne, pour lesquelles un doute plane sur l'application même de la procédure d'agrément²⁰³.

¹⁹⁶ C. com., art. L. 228-23, al. 2.

¹⁹⁷ V. plus généralement à ce sujet, *infra* n° 151 et s., n° 245 et s.

¹⁹⁸ Sur la question de l'assimilation de la liquidation du régime matrimonial à une cession : v. *infra* n° 222.

¹⁹⁹ Une société anonyme peut émettre à la fois des titres au porteur et des titres nominatifs, mais seuls ces derniers pourront être soumis au contrôle de l'agrément (Rép. Min., *JO Sénat*, 3 décembre 1969, p. 1169 ; *Rev. sociétés* 1970, p. 170). Cette interdiction est tout à fait logique puisque l'identité de l'actionnaire porteur est inconnue.

Comp. toutefois la possibilité de créer des titres au porteur identifiable, v. LE CANNU (P.), DONDERO (B.), *Droit des sociétés*, Montchrestien, 6^{ème} éd., 2015, p. 719, n° 1122.

²⁰⁰ *Anc. Bull. COB*, décembre 1971, n° 33, p. 14 ; *JCP* 1972, III, 38769 ; *Régl. Gén. AMF*, art. 231-6.

²⁰¹ C. com., art. L. 228-23, al. 1^{er}. Pour le débat parlementaire ayant eu lieu à ce sujet en 1966, v. *supra* n° 41.

Le droit français s'harmonise ainsi avec celui de nombreux pays : v. par exemple, pour la Suisse : ROUILLER (N.), « La prise du pouvoir dans les sociétés commerciales en Suisse », in *Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française : Le pouvoir dans les sociétés, Journées chiliennes*, tome LXII, Bruylant et LB2V, 2012, p. 201. Pour le droit espagnol et britannique, v. CONVERT (L.), *L'impératif et le supplétif en droit des sociétés – Étude de droit comparé Angleterre, Espagne, France*, préf. B. Saintourens, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, t. 374, 2003, p. 590, n° 547.

Contra en droit belge, C. des sociétés, art. 511 et 512 applicables en cas d'offre publique d'acquisition. V. à ce propos : CAPRASSE (O.), *Le statut des actionnaires (SA, SPRL, SC) – Questions spéciales*, Larcier, 2006, p. 41, n° 59.

²⁰² MORIN (A.), « *Intuitus personae* et sociétés cotées », *RTD com.* 2000, p. 299.

²⁰³ DONDERO (B.), « Les clauses d'agrément dans les sociétés par actions après la réforme », *LPA* 2005, n° 189, p. 44, *spéc.* n° 26 ; MALECKI (C.), « Le remaniement du régime des clauses d'agrément par l'ordonnance n° 2004 – 604 du 24 juin 2004 », *D.* 2004, p. 2775, *spéc.* n° 21 ; SAINTOURENS (B.), « Le nouveau droit des clauses d'agrément », *Rev. sociétés* 2004, p. 611.

Récemment, l'ordonnance 2017-747 du 4 mai 2017 prise en application de la loi dite « Sapin II » a modifié le régime de la clause d'agrément de la SAS. Celle-ci peut dorénavant être adoptée sans réunir l'unanimité des associés (C. com., art. L. 227-19, v. *infra* n° 223). Cependant, comme l'a remarqué Monsieur le Professeur Dondero, faute de précision de la loi, cette réforme soulève une délicate question d'application de la loi nouvelle dans le temps. Pour le professeur, quatre situations se distinguent en fonction du contenu des statuts des SAS existant au jour de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle : soit les statuts sont silencieux,

II. Le fonctionnement de la procédure d'agrément.

44. **Plan.** Ce fonctionnement nécessite d'être décrit d'une façon générale, sans s'attarder sur ses détails (A), avant de constater qu'il constitue une spécificité française (B).

A. La description générale de la procédure d'agrément.

45. **Plan.** Le déroulement de la procédure d'agrément comporte des éléments communs à toutes les sociétés (1). Cependant, les spécificités présentées par chacune d'elles sont trop caractérisées pour pouvoir conclure à son unité, en droit des sociétés (2).

1. Les éléments communs à toutes les sociétés.

46. **Plan.** La nature juridique de l'agrément (a) et le déroulement global de sa procédure (b) sont communs à l'ensemble des sociétés.

a. La nature juridique de l'agrément en droit des sociétés.

47. **Plan.** La dualité de l'agrément (α) la distingue d'autres clauses voisines (β).

a. Une nature juridique duale.

Comme le remarque le professeur Barbièri, l'« [...] objet [de l'agrément] est de jeter un pont entre deux actes juridiques distincts, l'acte de société et l'acte de cession, afin de permettre au cessionnaire de prendre place, ou de modifier sa place, au “ tour de table “ de l'acte de société, c'est-à-dire parmi les partenaires en société »²⁰⁴. De la sorte, se dégagent deux points de vue en fonction desquels l'agrément est susceptible de revêtir une nature juridique différente : celui des parties à l'acte de transfert des droits sociaux, ou celui de la société.

48. **Du point de vue des parties à l'acte de transfert des droits sociaux : une condition.** Classiquement, l'agrément est considéré comme une condition de l'acte de cession.

soit ils font un renvoi à l'article L. 227-19 du Code de commerce, soit ils mentionnent l'exigence de l'unanimité, avec ou sans référence au texte (DONDERO (B.), « Exigence de l'unanimité dans les SAS : conflit de lois dans le temps en vue ! », *Gaz. Pal.* 2017, n° 12, p. 66).

²⁰⁴ BARBIÈRI (J.-F.), note sous Cass., 3^{ème} civ., 19 juillet 2000, n° 98-10.469, Madame Navarre c/ Madame Héraut et autres, *Rev. sociétés* 2000, p. 737, *spéc.* n° 3.

Celle-ci peut être suspensive ou résolutoire : dans le premier cas, les effets de l'acte seront suspendus jusqu'à l'obtention de l'agrément, tandis que dans le second, l'acte sera au contraire anéanti en l'absence d'agrément²⁰⁵. Cependant, cette analyse est remise en cause par des précisions législatives récentes selon lesquelles la cession réalisée en violation d'une clause d'agrément est nulle²⁰⁶. Cette sanction a été instituée par le législateur afin de renforcer l'efficacité des clauses d'agrément. Si son intention est louable, il n'est pas certain, en revanche, que la nullité soit la sanction la plus adaptée²⁰⁷. Elle ne trouve pas davantage de justification du point de vue de la société pour qui, l'agrément a la nature d'une délibération sociale.

49. Du point de vue de la société : un acte unilatéral prenant la forme d'une délibération sociale. Après avoir étudié la définition de l'agrément, il est dorénavant établi sans équivoque qu'il constitue un acte unilatéral²⁰⁸. Cette manifestation de volonté est néanmoins particulière car elle prend la forme d'une délibération sociale et est soumise, par conséquent, aux conditions de validité requises par le droit des sociétés, tel le respect de règles de vote par exemple²⁰⁹. Ses modalités d'adoption sont, en effet, strictement réglementées dans chaque forme sociale, mais la loi laisse les associés totalement libres des raisons de l'octroi ou du refus de l'agrément. Cette liberté en fait un droit purement discrétionnaire²¹⁰, et le distingue d'autres clauses pouvant remplir la même finalité.

²⁰⁵ Monsieur le Professeur Barbiéri (*art. préc. spéc.* n° 5) soulève la difficulté suivante : « Assez souvent, cependant, les parties à l'acte de cession, tout en allant au-delà d'un simple projet, ne soumettent pas expressément l'opération à l'obtention d'un agrément [...]. C'est la seule hypothèse qui engendre de véritables difficultés en l'absence d'agrément car dans les autres cas, il n'y a pas à s'interroger sur la sanction d'un défaut d'agrément ».

²⁰⁶ V. pour la SA : C. com., art. L. 228-23, al. 4 (issu de la loi n° 98-546 du 2 juillet 1998) ; pour la société européenne : C. com., art. L. 229-11, al. 2 (issu de la loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005) ; pour la SAS : C. com., art. L. 227-15 (issu de la loi n° 94-1 du 3 janvier 1994).

V. plus généralement les analyses faites par : COURET (A.) et PERRIER (C.), « Les effets d'une clause d'agrément érigée en condition suspensive », *Bull. Joly Sociétés* 1999, p. 318.

²⁰⁷ V. par exemple : LÉCUYER (H.), note sous CA Paris, 3^{ème} ch., sect. A, 6 décembre 2005, n° 04/22.426, Consorts S. c/ SCI Val Thorens et autres, *Bull. Joly Sociétés* 2004, n° 4, p. 521 : « Et l'on peut autant soutenir, d'une manière générale, que l'agrément est un préalable à la rencontre efficace des consentements, et participe des conditions de validité du contrat, dont la sanction naturelle est la nullité. Le fait que l'agrément soit légalement ou statutairement requis ne doit sans doute pas entrer dans le débat. Même lorsque l'exigence est statutaire, la loi est derrière en ce qu'elle l'autorise. Au-delà, la volonté peut multiplier les conditions requises pour la formation valable d'un contrat ». Pour plus d'analyses sur ce point, v. *infra* n° 567 et s.

²⁰⁸ V. *supra* n° 8 et s.

²⁰⁹ À ce propos, v. *infra* n° 361 et s.

²¹⁰ Pour la précision d'autres caractères de la décision d'agrément, v. *infra* n° 398 et s.

Addé ROETS (D.), « Les droits discrétionnaires : une catégorie juridique en voie de disparition », *D.* 1997, chron. p. 92.

β. Une nature la distinguant de clauses voisines.

50. Le droit d'exprimer une volonté discrétionnaire. La finalité de l'agrément est de préserver l'*intuitu personae* inhérent à la société²¹¹, en lui permettant de contrôler les qualités du futur cessionnaire (lequel peut être un tiers ou un associé). À l'issue de ce contrôle, l'opération projetée sera refusée ou acceptée. D'autres techniques ou clauses peuvent avoir la même finalité, mais elles confèrent alors, le plus souvent, un droit à la société sur les parts sociales ou les titres du cédant.

51. Les clauses de sortie les plus courantes. Elles ont généralement pour objet de limiter la possibilité pour le cédant de céder ses droits sociaux à des tiers, ou à des personnes autres que celles désignées par la clause en question ; que cette dernière soit statutaire ou insérée dans un pacte d'associés²¹². Les clauses de préemption (ou de préférence)²¹³ sont à cet égard courantes. Celles-ci stipulent qu'un associé désireux de céder ses droits doit en informer les autres, et que ceux-ci, ou certains d'entre eux, disposent d'une priorité pour les acquérir aux conditions offertes par la clause²¹⁴. Ces stipulations sont néanmoins soumises à certaines conditions de validité posées par la jurisprudence²¹⁵, tout comme les clauses d'inaliénabilité²¹⁶. En raison de l'atteinte portée au droit de l'associé de céder sa participation, l'inaliénabilité doit être limitée dans le temps et justifiée par un intérêt social légitime. La clause d'exclusion exige elle aussi d'être justifiée par un tel intérêt car, lors de sa mise en œuvre, elle oblige un associé à céder ses droits à la société sous la forme d'un rachat²¹⁷. Il est possible d'imaginer qu'une telle exclusion soit justifiée, par

²¹¹ V. en ce sens le but de l'agrément : v. *supra* n° 11 et s.

²¹² À propos des limites de la conclusion d'une convention d'agrément, v. *infra* n° 290.

²¹³ V. pour la discussion à propos de la distinction de ces deux clauses : GAUDEMET (A.), « La portée des pactes de préférence ou de préemption sur des titres de société », *Rev. sociétés* 2011, p. 139, *spéc.* n° 1 ; SCHILLER (S.), « L'organisation du capital – La stabilité du capital », in *La gouvernance des entreprises familiales, Actes du colloque du 17 juin 2010 à l'Université Paris-Dauphine*, Litec, coll. Colloques et débats, 2010, p. 61, *spéc.* n° 16 et suivants.

²¹⁴ V. en ce sens, ainsi que les nombreuses références bibliographiques : GERMAIN (M.), avec le concours de MAGNIER (V.), *Traité de droit commercial de G. Ripert et R. Roblot, Les sociétés commerciales*, t. 2, L.G.D.J., coll. Traité, 21^{ème} éd., 2014, p. 120, n° 1622 ; MAGNIER (V.), *Droit des sociétés*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2017, p. 96, n° 155. *Adde* MOULIN (J.-M.), *Droit des sociétés et des groupes*, Gualino, 2013, p. 152, n° 165.

²¹⁵ SCHILLER (S.), *art. préc.*, *spéc.* n° 17.

²¹⁶ C. civ., art. 900-1 par analogie. *Comp.* C. com., art. L. 227-13 : « Les statuts de la société peuvent prévoir l'inaliénabilité des actions pour une durée n'excédant pas dix ans » (SAS).

²¹⁷ Avec une réduction de capital, ou par un ou plusieurs de ses coassociés. V. sur ce point : DAIGRE (J.-J.) et *alii*, « Clause d'exclusion dans les sociétés anonymes non cotées », *Actes prat. ing. sociétaire* 1992, p. 5. Et récemment, à propos d'une SICA, Cass. 1^{ère} civ., 28 septembre 2016, n° 15-18.482, P+B, *JCP E* 2017, n° 4, p. 1090, note (J.-B.) HAUGUEL ; précisant que la perte de la qualité d'associé ne peut être antérieure au remboursement des droits sociaux. Leur valeur est évaluée le jour de l'exclusion, par un expert en cas de contestation.

Adde GALLOIS-COCHET (D.), « Cession de droits sociaux. L'obscur clarté du régime de l'exclusion statutaire », *Dr. sociétés* 2014, n° 12, étude n° 23.

Comp. pour la SAS : C. com., art. L. 227-16. Cette clause ne se confond toutefois pas avec une clause d'éviction (v. *supra* n° 445-2).

exemple, par la prise de contrôle d'une filiale par un concurrent. Il existe ainsi de nombreuses techniques pour maîtriser la composition du capital social²¹⁸, dont l'une des plus radicales n'est pas contractuelle ou statutaire, mais réside dans l'utilisation de la société en commandite : le noyau dur composé par les associés commandités pourra alors être verrouillé à l'envie, en plus des dispositions légales restreignant d'ores et déjà la possibilité de céder leurs droits sociaux.

Plus généralement, ces alternatives sont parfois préférées à la mise en œuvre d'un agrément (lorsqu'il n'est pas imposé par la loi toutefois), car la procédure l'entourant peut être jugée trop contraignante, ou même trop coûteuse, puisque son refus entraîne, en principe, l'obligation pour la société de racheter les droits sociaux du cédant²¹⁹.

b. Le déroulement global de la procédure d'agrément.

Depuis 1966, une procédure stricte encadre l'agrément du transfert de la majeure partie des droits sociaux²²⁰. Chaque étape procédurale a pour but de protéger les parties intéressées par la réalisation de l'acte juridique projeté. Deux temps dans cette procédure doivent être spécialement distingués : avant et après la décision de la société, dans l'hypothèse spécifique d'un refus d'agrément.

52. Avant la décision de la société. Les parties au projet doivent notifier une demande d'agrément à la société. Les textes soulignent la nécessité d'y procéder avant la conclusion de l'acte²²¹. En principe, il appartient au cédant de réaliser cette notification, mais la jurisprudence a admis que son cessionnaire puisse remédier à sa défaillance²²². Il s'agit d'un acte important à partir duquel les délais procéduraux commencent à courir, spécialement celui attribué à la société pour statuer sur cette demande. Le cas échéant, l'agrément sera réputé acquis. Pour cette raison, les

²¹⁸ V. pour de nombreuses illustrations, notamment : SCHILLER (S.), *art. préc.*, p. 61 ; GERMAIN (M.), avec le concours de MAGNIER (V.), *op. cit.*, p. 440, n° 2174 (dans des pactes d'actionnaires) ; CHAMPAUD (Cl.), « Concept et statut des entreprises familiales – Le Fait et le Droit », in *Entreprises patrimoniales et familiales*, sous la responsabilité scientifique de DANET (D.) et LIGER (A.), Revue Juridique de l'Ouest, numéro spécial, 2009, p. 5, *spéc.* pp. 33 – 34 : les clauses de rachat circonstanciel « [...] ont pour but de permettre à un associé de se faire racheter à un prix convenu une participation dans une entreprise sociétaire commune à laquelle il ne désire plus collaborer. Par rapport au binôme agrément/préemption, elles évitent au cédant-dissident de chercher un tiers de complaisance, cessionnaire supposé dont on sait à l'avance qu'il ne sera pas agréé. En outre, elles ont l'avantage de préciser à l'avance les circonstances qui ouvriront l'option de sortie, ce qui permet des négociations préalables voire des procédures de conciliation ou d'arbitrage pour éviter les inconvénients d'une opération inopinée ».

Adde LE NABASQUE (H.), DUNAUD (P.), ELSEN (P.), « Les clauses de sortie dans les pactes d'actionnaires », *Actes prat. ing. sociétaire* 1992, dossier n° 5, p. 9.

²¹⁹ *Comp.* la situation de l'associé cédant d'une SNC qui ne bénéficie pas du droit au rachat de ses parts sociales en cas de refus d'agrément, v. *infra* n° 467 et s.

²²⁰ V. pour l'exposé du domaine de ce dispositif de rachat, *infra* n° 465 et s.

Adde MAGNIER (V.), *Droit des sociétés*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2017, p. 102, n° 161.

²²¹ V. *infra* n° 323.

²²² V. *infra* n° 319.

juges n'admettent aucun formalisme de substitution à cette notification ; peu important la connaissance par les associés de l'acte projeté. En outre, la délibération sociale décidant de l'agrément, ou de son refus, est souvent soumise à des conditions légales précises. Ces dernières ne correspondent pas nécessairement aux conditions requises pour modifier les statuts, et cela, en dépit de la modification que réalise pourtant une décision favorable²²³. Au-delà de ces conditions, la décision présente également des caractères spécifiques. La jurisprudence a ainsi pu juger que l'agrément devait être pur et simple, global, et concerner une personne déterminée ou, tout au moins, déterminable. Mais elle a aussi affirmé son caractère discrétionnaire ; la société n'ayant aucune obligation de communiquer les raisons de son refus²²⁴.

53. Après le refus d'agrément. Avant la loi de 1966, aucune obligation légale n'imposait à la société d'acquiescer, ou de faire acquiescer les droits sociaux du cédant en cas de refus d'agrément. Cette situation fut vigoureusement critiquée à propos des parts de SARL car elle aboutissait à un « bouclage des cessions [...], l'associé [...] prisonnier de ses parts, se trouv[ait] dans un véritable carcan »²²⁵.

Ne se confondant pas avec un droit de préemption²²⁶, la mise en œuvre de cette obligation de rachat est strictement encadrée par la loi. La société doit d'abord désigner un acquéreur de substitution, lequel peut être un associé ou elle-même. L'acquisition peut, ensuite, s'exercer par le biais d'un rachat, suivi d'une cession ou d'une réduction de capital²²⁷. La détermination du prix de rachat, si elle est la cause de désaccords, trouve une résolution légale grâce au renvoi des textes à l'expertise de l'article 1843-4 du Code civil²²⁸. De surcroît, cette obligation doit être exécutée pendant un délai légal, lequel peut varier d'une forme sociale à une autre. Le cas échéant, comme précédemment, l'agrément sera réputé acquis au cessionnaire initial, si tant est qu'il ne se soit pas désisté entre temps.

Enfin, le cédant dispose lui aussi du droit de renoncer à la cession ; droit dénommé par la doctrine comme étant un « droit de repentir ». Mais en l'état actuel des textes, les conditions de son exercice semblent différer d'une société à une autre pour lesquelles il a été consacré. En effet, le texte relatif aux actions admet la possibilité de son exercice à tout moment, tandis que celui de

²²³ V. *infra* n° 361 et s.

²²⁴ Pour l'exposé de l'ensemble de ces caractéristiques, v. *infra* n° 398 et s.

²²⁵ BOUCOURECHLIEV (J.), (sous la direction de), « Expérience et propositions : France », in *Propositions pour une société fermée européenne*, in *Étude du Centre de recherche sur le droit des affaires de la Chambre de commerce de Paris*, C.R.E.D.A., 1997, p. 153, spéc. p. 156 : « bouclage des cessions : face à un gérant tout puissant, alors pratiquement inamovible, l'associé éventuellement écarté de la gestion et des profits réalisés par la société, prisonnier de ses parts, se trouv[ait] dans un véritable carcan ».

²²⁶ V. à propos de la discussion sur la nature du dispositif de rachat : *infra* n° 469 et s.

²²⁷ V. *infra* n° 470 et s.

²²⁸ V. *infra* n° 502 et s.

la SARL suggère le contraire²²⁹. Regrettable, ce manque d'unité entre chaque société n'est pas spécifique à cet élément procédural : il est un défaut général de la procédure d'agrément.

2. Un manque d'unité entre chaque type de sociétés.

54. Un manque d'unité lié tantôt à des imprécisions textuelles, tantôt à des incohérences entre les textes. S'il est possible de décrire à grands traits les étapes de la procédure d'agrément communes à la majorité des sociétés, leur comparaison précise tend à constater que toutes les sociétés ne bénéficient pas de chacune de ces étapes. Ce manque d'exhaustivité est parfois certain comme pour la SNC et son absence de dispositif de rachat en cas de refus d'agrément²³⁰. Pour d'autres, l'absence d'indication légale de ce même dispositif de rachat fait douter qu'elles puissent en bénéficier : tel est le cas de la SAS et de la société européenne²³¹.

Deux raisons principales expliquent ce manque d'unité de la procédure d'agrément entre les sociétés : celui-ci est lié tantôt à des imprécisions textuelles, tantôt à des incohérences entre les textes²³². Or ces imperfections ne sont pas seulement une source d'éclatement de son régime, composé de son domaine et de sa mise en œuvre, elles sont aussi une source de contentieux. *De facto*, une telle conséquence ne se retrouve pas dans les pays où la législation est moins stricte.

B. La procédure d'agrément : une spécificité française.

55. Plan. Si les droits étrangers admettent unanimement le principe de l'agrément des transferts de droits sociaux (1), en revanche, il y est rarement aussi encadré qu'en droit français (2).

²²⁹ V. pour cette discussion, *infra* n° 514.

²³⁰ V. *infra* n° 467.

²³¹ *Idem*.

²³² Pour des exemples, v. notamment, *infra* n° 77.

1. Une admission unanime du principe de l'agrément par les droits étrangers.

Beaucoup de systèmes juridiques connaissent les utilités de l'agrément²³³. Cependant, à l'image de la technique législative choisie pour encadrer les sociétés, ce mécanisme de contrôle du capital social se rattache plus ou moins à la liberté contractuelle, parfois sous d'autres noms ou d'autres formes.

56. Les traditions contractuelles. Dans ces pays, la large acceptation de l'agrément sous forme de clause prévaut.

57. En droit britannique, cette clause est même considérée comme extérieure au droit des sociétés, il ne s'agit là que d'une faculté dont dispose le groupement comme l'illustre le modèle de statuts donné par la « *table A* » en application du « *companies act* » de 2006²³⁴.

58. En droit néerlandais, l'agrément relève également de la liberté contractuelle. La législation permet même de créer différentes catégories de parts sociales destinées à différents groupes d'associés²³⁵. Certaines peuvent ainsi être pourvues d'une clause d'agrément et d'autres en être dépourvues.

59. En droit québécois, où la société est considérée comme un contrat dénué de personnalité morale, sauf si elle émet des actions²³⁶, l'article 2209 de son Code civil dispose qu'« un associé peut, sans le consentement des autres associés, s'associer à un tiers relativement à la part qu'il a dans la société ; mais il ne peut, sans ce consentement, l'introduire dans la société »²³⁷. Par conséquent, ce droit admet le principe de la convention de croupier mais, en revanche, il nie l'opposabilité de la cession des parts sociales faite sans le consentement de la société, ou autrement dit, sans son agrément. S'agissant des actions, la loi admet simplement le principe

²³³ V. BOUCOURECHLIEV (J.), (sous la direction de), *op. cit.*, p. 228.

²³⁴ V. en ce sens : <https://www.gov.uk/model-articles-of-association-for-limited-companies#table-a> (vu le 6 octobre 2017).

Pour les « *private companies limited by shares* » : *paragraph 26.—(1) Shares may be transferred by means of an instrument of transfer in any usual form or any other form approved by the directors, which is executed by or on behalf of the transferor.* »

Pour les « *private companies limited by guarantee* » : « *paragraph 21. No person shall become a member of the company unless— (a) that person has completed an application for membership in a form approved by the directors, and (b) the directors have approved the application.* »

²³⁵ V. en ce sens : BOUCOURECHLIEV (J.), (sous la direction de), *op. cit.*, p. 109.

²³⁶ C. civ. québécois, art. 2188 : « La société est en nom collectif, en commandite, ou en participation.

Elle peut être aussi par actions ; dans ce cas, elle est une personne morale. »

²³⁷ *Comp. infra* n° 585, la rédaction de cet article est identique à l'ancien article 1861 du Code civil français.

d'une restriction à leur transfert²³⁸. D'une façon générale, dans ces pays, la législation relative à l'agrément semble assez simple, lorsqu'elle n'est pas inexistante.

60. Les traditions réglementaristes. Au contraire, dans les pays de tradition plus réglementariste, la mise en œuvre de l'agrément est souvent encadrée.

61. Le Code civil espagnol pose un principe similaire à celui du Code civil québécois en autorisant la conclusion d'une convention de croupier, mais en refusant l'opposabilité d'une telle convention sans le consentement unanime des autres associés²³⁹. S'agissant des actions, la loi espagnole sur les sociétés anonymes autorise la possibilité de restreindre la liberté de transférer les actions nominatives²⁴⁰ ; une limite concerne toutefois les actions intégrant l'exécution de prestations accessoires qui ne peuvent être cédées qu'avec l'accord de la société, sauf disposition statutaire contraire²⁴¹. Ces clauses restrictives ne sont toutefois valables que si leur contenu est établi précisément dans les statuts, spécialement les causes justifiant le refus d'agrément²⁴². Le législateur espagnol a ainsi voulu éviter que les administrateurs disposent d'un droit discrétionnaire, ce qui le différencie du droit français²⁴³.

62. Au Luxembourg, la législation relative aux parts sociales d'une société à responsabilité limitée est assez précise ; elle se rapproche du droit français par ses distinctions de la source de l'agrément en fonction de la nature du fait générateur de la procédure, cession ou transmission pour cause de mort, ainsi que les personnes bénéficiaires des parts dans cette dernière hypothèse. Comme en France, le principe est celui de l'application d'un agrément en cas de transfert des parts, sauf si les bénéficiaires sont des héritiers réservataires, le conjoint survivant, et les autres

²³⁸ Loi sur les sociétés par actions du Québec, art. 82 (*a contrario* pour les sociétés n'offrant pas leurs titres sur un marché réglementé) : http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=2&file=%2F%2FS_31_1%2FS31_1.htm (vu le 6 octobre 2017).

²³⁹ C. civ. espagnol, art. 1696 : « *Cada socio puede por si solo asociarse un tercero en su parte ; pero el asociado no ingresará en la sociedad sin el consentimiento unánime de los socios, aunque aquél sea administrador.* »

²⁴⁰ *Ley de Sociedades Anónimas*, art. 63, al. 1 : « *Solo serán válidas frente a la sociedad las restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones cuando recaigan sobre acciones nominativas y estén expresamente impuestas por los estatutos.* »

²⁴¹ *Ley de Sociedades Anónimas*, art. 65. *Transmisión de acciones con prestaciones accesorias.* « *La transmisibilidad de las acciones cuya titularidad lleve aparejada la obligación de realizar prestaciones accesorias quedará condicionada, salvo disposición contraria de los estatutos, a la autorización de la sociedad en la forma establecida en el artículo 63.* » ; *Reglamento del Registro Mercantil*, art. 123.1.

À propos de ces prestations accessoires propres au droit espagnol, v. CONVERT (L.), *L'impératif et le supplétif en droit des sociétés – Étude de droit comparé Angleterre, Espagne, France*, préf. B. Saintourens, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, t. 374, 2003, p. 423, n° 387 ; et pour des références bibliographiques en droit espagnol relatives aux clauses d'agrément : *ibid.*, p. 589, n° 547, note de bas de page n° 99.

²⁴² *Ley de Sociedades Anónimas*, art. 63, al. 3 : « *La transmisibilidad de las acciones solo podrá condicionarse a la previa autorización de la sociedad cuando los estatutos mencionen las causas que permitan denegarla.* »

²⁴³ V. *infra* n° 405.

héritiers légaux lorsque les statuts les mentionnent²⁴⁴. En revanche, ce droit se distingue du droit français s'agissant des actions nominatives émises par une société anonyme ; le droit français étant plus strict quant à la possibilité de stipuler une clause d'agrément²⁴⁵. En effet, la loi de ce pays distingue, là encore, la source de l'agrément en fonction du type de transfert réalisé. Pour les mutations autres que celle liée au décès d'un actionnaire, la loi dispose qu'« il est loisible à la société d'accepter et d'inscrire sur le registre un transfert [...] ». Au contraire, en cas de décès, le transfert des actions est valable à l'égard de la société, sauf disposition contraire des statuts²⁴⁶.

63. Le droit belge se rapproche également du droit français en raison d'une législation détaillée. L'article 249 de son Code des sociétés définit strictement le domaine de l'agrément des transferts de parts d'une société à responsabilité limitée. Celui-ci s'applique obligatoirement aux parts cédées entre vifs ou transmises pour cause de mort, dès lors que les statuts ne stipulent pas une clause plus restrictive. Au contraire, les cessions ou transmissions sont libres d'agrément lorsqu'elles sont faites au profit d'un « [...] associé ; au conjoint du cédant ou du testateur ; à des ascendants ou descendants en ligne directe ; à d'autres personnes agréées dans les statuts », sauf disposition inverse des statuts²⁴⁷. S'agissant des actions, l'article 510 du même Code autorise les clauses restrictives à leurs transferts, ainsi que celui des autres droits donnant accès au capital social²⁴⁸.

²⁴⁴ L. luxembourgeoise du 15 août 1915 concernant les sociétés commerciales, art. 189 : « Les parts sociales ne peuvent être cédées entre vifs à des non-associés qu'avec l'agrément donné en assemblée générale des associés représentant au moins les trois quarts du capital social.

Les parts sociales ne peuvent être transmises pour cause de mort à des non-associés que moyennant l'agrément des propriétaires de parts sociales représentant les trois quarts des droits appartenant aux survivants.

Dans le cas de l'alinéa 2, le consentement n'est pas requis lorsque les parts sont transmises, soit à des héritiers réservataires, soit au conjoint survivant, et, pour autant que les statuts le prévoient, aux autres héritiers légaux. »

²⁴⁵ V. en ce sens *supra* n° 43.

²⁴⁶ L. luxembourgeoise du 15 août 1915 concernant les sociétés commerciales, art. 40, al. 3 et 4 :

« [...] Il est loisible à la société d'accepter et d'inscrire sur le registre un transfert qui serait constaté par la correspondance ou d'autres documents établissant l'accord du cédant et du cessionnaire.

Sauf dispositions contraires dans les statuts, la mutation, en cas de décès, est valablement faite à l'égard de la société, s'il n'y a opposition, sur la production de l'acte de décès, du certificat d'inscription et d'un acte de notoriété reçu par le juge de paix ou par un notaire. »

²⁴⁷ C. des sociétés belge, art. 249 : § 1er. « Sauf dispositions plus restrictives des statuts, les parts d'un associé ne peuvent, à peine de nullité, être cédées entre vifs ou transmises pour cause de mort qu'avec l'agrément de la moitié au moins des associés, possédant les trois quarts au moins du capital, déduction faite des droits dont la cession est proposée.

Toutefois, sauf disposition contraire des statuts, cet agrément n'est pas requis lorsque les parts sont cédées ou transmises :

- 1° à un associé;
- 2° au conjoint du cédant ou du testateur;
- 3° à des ascendants ou descendants en ligne directe;
- 4° à d'autres personnes agréées dans les statuts.

Les règles applicables en cas de cession entre vifs s'appliquent en cas de cession par ou en faveur d'une personne morale. »

²⁴⁸ Cet article dispose que : « Les statuts, les actes authentiques d'émission d'obligations convertibles ou de droits de souscription et toutes autres conventions peuvent limiter la cessibilité entre vifs ou la transmissibilité à cause de mort des actions nominatives

64. En revanche, en droit suisse où la société anonyme est la forme sociale la plus répandue²⁴⁹, la clause d'agrément prend la forme d'un droit de veto au profit du conseil d'administration. Toutefois, ce veto repose en principe sur une disposition statutaire justifiant « d'un juste motif prévu par les statuts »²⁵⁰. Les justes motifs admissibles selon la loi concernent « la composition du cercle des actionnaires », le refus devant, en outre, apparaître justifié eu égard au « but social », ou à la préservation de « l'indépendance économique de l'entreprise »²⁵¹. Il existe néanmoins une exception lorsque « l'acquéreur n'a pas expressément déclaré qu'il reprenait les actions en son propre nom et pour son propre compte »²⁵². Ce cas étant traité par la loi comme un juste motif, le transfert est réputé ne pas avoir eu lieu et la société n'a pas à reprendre les actions. Cette disposition a notamment pour objectif d'éviter qu'un concurrent ne se cache derrière un prête-nom.

65. En la matière, le droit italien semble néanmoins faire exception. Que ce soit pour les parts sociales²⁵³ ou les actions²⁵⁴, il autorise très souplesment la possibilité de soumettre leur transfert à des restrictions statutaires lesquelles sont, en pratique, très fréquentes²⁵⁵.

66. De même, le droit allemand admet la possibilité pour les statuts d'une société à responsabilité limitée (*GmbH*) et ceux d'une société anonyme (*AG*), mais uniquement pour les actions nominatives de cette dernière, la possibilité de soumettre le transfert des droits sociaux au consentement de la société, selon le degré d'ouverture (ou de fermeture) vis-à-vis des tiers qu'ils souhaitent donner à leur groupement²⁵⁶. Plus généralement, une corrélation semble exister entre le degré d'admission de l'agrément par une tradition juridique et l'encadrement procédural qu'il en est fait.

ou des actions dématérialisées, des droits de souscription ou de tous autres titres donnant droit à l'acquisition d'actions, en ce compris les obligations convertibles, les obligations avec droit de souscription ou les obligations remboursables en actions ».

²⁴⁹ ROUILLER (N.), « La prise du pouvoir dans les sociétés commerciales en Suisse », in *Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française : Le pouvoir dans les sociétés, Journées chiliennes*, tome LXII, Bruylant et LB2V, 2012, p. 201, spéc. p. 202.

²⁵⁰ C.O. (Code des obligations) suisse, art. 685 b, al. 1^{er}.

²⁵¹ C.O. suisse, art. 685 b, al. 1^{er}.

²⁵² C.O. suisse, art. 685 b, al. 3.

²⁵³ C. civ. italien, art. 2479. *Trasferimento della quota*. « Le quote sono trasferibili per atto tra vivi e per successione a causa di morte, salvo contraria disposizione dell'atto costitutivo. »

²⁵⁴ C. civ. italien, art. 2355, al. 3. *Azioni nominative e al portatore*. « L'atto costitutivo può sotto pore a particolari condizioni l'alienazione delle azioni nominative. »

²⁵⁵ WEIGMANN (R.), « La prise de pouvoir dans les sociétés en Italie », in *Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française : Le pouvoir dans les sociétés, Journées chiliennes*, tome LXII, Bruylant et LB2V, 2012, p. 151, spéc. p. 153.

²⁵⁶ V. en ce sens : TEICHMANN (Ch.), « Le pouvoir dans les sociétés en Allemagne », in *Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française : Le pouvoir dans les sociétés, Journées chiliennes*, tome LXII, Bruylant et LB2V, 2012, p. 51, spéc. p. 55, n° 7 ; LAURIN (B.), « La GmbH, un modèle de forme sociale », *JCP E* 2012, 1043 ; -, *La GmbH – Le cadre juridique d'un investissement en Allemagne*, Fritz Knapp Verlag, 3^{ème} éd., 2011.

2. Une procédure rarement aussi encadrée qu'en droit français.

67. Une procédure de rachat en cas de refus d'agrément souvent inexistante. Laissant une grande liberté aux associés pour organiser leur société, le droit britannique comme le droit néerlandais n'aménagent pas de procédure d'agrément. *A fortiori*, ils n'organisent pas davantage de procédure de rachat en cas de refus du cessionnaire proposé²⁵⁷.

68. En droit québécois, il n'existe aucune procédure d'agrément. Le Code civil envisage seulement la sanction d'une cession faite par le biais d'une personne interposée en indiquant à l'alinéa 2 de son article 2209 la possibilité de racheter les parts acquises par interposition²⁵⁸.

69. En droit italien, il n'existe pas non plus de procédure organisée par la loi. Il est seulement mentionné dans le cadre de la société en commandite simple la possibilité pour la société de racheter les parts d'un associé transmises par voie successorale²⁵⁹.

70. Le droit belge, quant à lui, n'organise pas non plus de procédure, mais il impose le respect d'un délai de six mois maximum au-delà duquel les actions redeviennent cessibles à défaut d'agrément. Si les statuts stipulent un délai supérieur, cette clause est réputée non écrite²⁶⁰. L'absence d'obligation légale de rachat est, en pratique, souvent compensée par la stipulation d'une clause de préemption ou, plus discutablement, par une clause d'inaliénabilité²⁶¹.

71. En droit suisse, le conseil d'administration n'a pas l'obligation de faire acquérir les actions du cédant. Le transfert n'a tout simplement pas lieu²⁶². Il existe néanmoins des exceptions à ce principe lorsque le transfert résulte d'une succession, de la liquidation d'un régime matrimonial, ou d'une exécution forcée. Dans ces hypothèses particulières, la société doit proposer au bénéficiaire une reprise de ses droits à leur valeur réelle²⁶³. Cette dernière précision a le mérite de

²⁵⁷ BOUCOURECHLIEV (J.), (sous la direction de), *Propositions pour une société fermée européenne, Étude du Centre de recherche sur le droit des affaires de la Chambre de commerce de Paris, C.R.E.D.A.*, 1997, p. 206, n° 284.

²⁵⁸ « Tout associé peut, dans les soixante jours où il apprend qu'une personne étrangère à la société a acquis, à titre onéreux, la part d'un associé, l'écartier de la société en remboursant à cette personne le prix de la part et les frais qu'elle a acquittés. Ce droit ne peut être exercé que dans l'année qui suit l'acquisition de la part ».

²⁵⁹ C. civ. italien, art. 2322 : « *La quota di partecipazione del socio accomandante è transmissibile per causa di morte.*

Salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo, la quota può essere ceduta, con effetto verso la società, con il consenso dei soci che rappresentano la maggioranza del capitale. »

²⁶⁰ Cette disposition est également valable lorsqu'un droit de préemption a été stipulé. Code des sociétés belge, art. 510 : « Toutefois, lorsque la limitation résulte d'une clause d'agrément ou d'une clause prévoyant un droit de préemption, l'application de ces clauses ne peut aboutir à ce que l'incessibilité soit prolongée plus de six mois à dater de la demande d'agrément ou de l'invitation à exercer le droit de préemption. Lorsque les clauses visées à l'alinéa 3 prévoient un délai supérieur à six mois, celui-ci est de plein droit réduit à six mois ».

²⁶¹ V. en ce sens : CAPRASSE (O.), *Le statut des actionnaires (SA, SPRL, SC) – Questions spéciales*, Larcier, 2006, p. 37, n° 53.

²⁶² Code des obligations suisse, art. 685 c, al. 1^{er}

²⁶³ Code des obligations suisse, art. 685 c, al. 4.

la simplicité et d'éviter le contentieux lié aux désaccords sur le prix de rachat entre le cédant et la société, comme c'est le cas en droit français²⁶⁴.

72. En revanche, le droit luxembourgeois se rapproche de ce dernier lorsqu'il laisse la possibilité pour la société en commandite simple de prévoir statutairement la réduction du capital ou le rachat des parts d'intérêts de l'associé décédé²⁶⁵. Cette législation est toutefois plus souple que le droit français lequel ne prévoit cette possibilité ni pour la commandite simple, ni pour la société en nom collectif. Par ailleurs, lorsque ce dernier prévoit une procédure de rachat, celle-ci est imposée par la loi et non suggérée comme dans l'hypothèse de son homologue luxembourgeois. Ce dernier est néanmoins assez strict lorsque, en présence d'une société à responsabilité limitée, il indique la possibilité pour les héritiers refusés de provoquer la dissolution anticipée de la société²⁶⁶, à moins que les parts du défunt ne soient acquises par les associés, un tiers agréé par eux, ou encore, la société elle-même²⁶⁷. Ce droit est également précis en ce qu'il prévoit des modalités de détermination du prix de rachat des parts différentes de celles existantes en droit français²⁶⁸, de même que la suspension de l'exercice des droits du défunt jusqu'au moment de l'opposabilité du transfert à la société²⁶⁹. Cette précision pourrait inspirer le droit français, lequel suscite des questions à ce sujet²⁷⁰.

73. Enfin, le droit espagnol s'en rapproche aussi en instituant un délai de réponse de deux mois après la notification de la demande d'agrément ; le cas échéant, celui-ci est réputé acquis au cessionnaire²⁷¹.

²⁶⁴ V. *infra* n° 502.

²⁶⁵ L. du 10 août 1915 luxembourgeoise concernant les sociétés commerciales, art. 21, al. 4 : « Le contrat social peut autoriser la gérance ou les associés à réduire ou à racheter, en tout ou partie, le cas échéant sur demande d'un ou plusieurs associés, les parts d'intérêts d'un ou plusieurs associés, et en définir les modalités ».

²⁶⁶ L. du 10 août 1915, *préc.*, modifiée par la loi du 18 septembre 1933, art. 189, al. 4 : « Les héritiers ou les bénéficiaires d'institutions testamentaires ou contractuelles qui n'ont pas été agréées et qui n'ont pas trouvé un cessionnaire réunissant les conditions requises, peuvent provoquer la dissolution anticipée de la société, trois (3) mois après une mise en demeure signifiée aux gérants par exploit d'huissier et notifiée aux associés par pli recommandé à la poste ».

²⁶⁷ L. du 10 août 1915, *préc.*, art. 189, al. 5 : « Toutefois, pendant ledit délai de trois mois, les parts sociales du défunt peuvent être acquises, soit par les associés, sous réserve de la prescription de la dernière phrase de l'art. 199, soit par un tiers agréé par eux, soit par la société elle-même, lorsqu'elle remplit les conditions exigées pour l'acquisition par une société de ses propres titres ».

²⁶⁸ L. du 10 août 1915, *préc.*, art. 189, al. 6 et 7 : « Le prix de rachat des parts sociales se calcule sur la base du bilan moyen des trois dernières années et, si la société ne compte pas trois exercices, sur la base du bilan de la dernière ou de ceux des deux dernières années.

S'il n'a pas été distribué de bénéfice, ou s'il n'intervient pas d'accord sur l'application des bases de rachat indiquées par l'alinéa précédent, le prix sera fixé, en cas de désaccord, par les tribunaux ».

²⁶⁹ L. du 10 août 1915, *préc.*, art. 189, al. 8 : « L'exercice des droits afférents aux parts sociales du défunt est suspendu jusqu'à ce que le transfert de ces droits soit opposable à la société. »

²⁷⁰ V. *infra* n° 397.

²⁷¹ *Ley de Sociedades Anónimas*, art. 63, al. 3, *in fine* : « En cualquier caso, transcurrido el plazo de dos meses desde que se presento la solicitud de autorización sin que la sociedad haya contestado a la misma, se considerará que la autorización ha sido concedida. »

En conclusion, comparé aux autres législations, le droit français apparaît comme étant très réglementé. Paradoxalement, il semble aussi susciter le plus de contentieux (ce qui est également le cas du droit belge, assez proche). Au contraire, en droit britannique, il n'existe aucune réglementation. Même s'il est inenvisageable que le droit français renonce à ses spécificités pour adopter celles de ce dernier, peut-être pourrait-il y trouver des clés de solution pour simplifier sa législation au regard de l'importance des enjeux liés à la mise en œuvre de l'agrément et, par conséquent, limiter ses causes de contentieux²⁷².

§ II. Les enjeux de la mise en œuvre de la procédure d'agrément.

74. Une double finalité. Tout comme sa nature juridique, la finalité de l'agrément se dédouble.

- En premier lieu, en tant qu'acte unilatéral, son but est de préserver l'*intuitu personae* au sein de la société et, à travers cette préservation, l'enjeu est très souvent de maîtriser la composition du capital social²⁷³. En effet, sa répartition entre les associés peut exprimer différentes forces d'opposition au sein de la société, et notamment le pouvoir de la contrôler²⁷⁴. Le pouvoir ainsi conféré revêt autant de colorations qu'il est possible d'en donner à l'*intuitu personae*. En pratique, il sera fréquemment l'expression du caractère familial de la société ; les petites et moyennes entreprises constituant la majeure partie du tissu économique français, mais aussi européen²⁷⁵. L'agrément jouera un rôle majeur dans la protection de ce caractère puisqu'il permettra d'évincer les étrangers à la famille. Ce pouvoir majoritaire peut également exprimer une certaine idée de l'activité sociale et de la gestion qu'il convient de lui donner²⁷⁶. L'agrément permettra, dans ce cas,

²⁷² V. les solutions proposées, *infra* n° 182 et s.

²⁷³ À ce sujet, v. notamment : MORTIER (R.), *Opérations sur capital social*, 2^{ème} éd., Litec, 2015.

²⁷⁴ À propos de la notion de contrôle, v. notamment : CHAMPAUD (Cl.), *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, préf. Y. Loussouarn, Sirey, coll. Bibliothèque de droit commercial, 1969.

²⁷⁵ V. en ce sens : PRIEUR (J.), « Introduction », in *La gouvernance des entreprises familiales, Actes du colloque du 17 juin 2010 à l'Université Paris-Dauphine*, Litec, coll. Colloques et débats, 2010, p. 1 : « En France, si elles sont surtout présentes dans les petites et moyennes entreprises et les entreprises de taille intermédiaire, elles sont également majoritaires parmi les grandes structures. En effet, 63% des entreprises de 50 millions à 2 milliards de chiffre d'affaires sont contrôlées par des familles et leur importance est croissante ».

LECOURT (B.), « La *Societas Unius Personae*, La nouvelle société unipersonnelle à responsabilité limitée proposée par la Commission européenne », *Rev. sociétés* 2014, p. 699, *spéc.* n° 8 : « Les autorités européennes ont pris conscience, ces dernières années, qu'il fallait adapter la réglementation aux PME qui représentent 99 % des entreprises de l'Union européenne ».

Plus généralement, à propos des problématiques posées par les sociétés dont le capital est majoritairement détenu par une famille, v. notamment : TANDEAU de MARSAC (V.), *Guide pratique des entreprises familiales, Manuel opérationnel, juridique et fiscal*, Eyrolles, 2011 ; DANET (D.), LIGER (A.), (sous la responsabilité scientifique de), *Entreprises patrimoniales et familiales*, Revue Juridique de l'Ouest, numéro spécial, 2009.

²⁷⁶ V. par exemple à ce propos, les dispositions spéciales existantes en matière de sociétés de presse : v. *infra* n° 103.

d'éviter l'entrée d'un concurrent, ou même, de renforcer la position d'un associé dissident par rapport à la politique majoritaire. Plus généralement, la presse économique regorge d'exemples de sociétés fermées pour diverses raisons²⁷⁷. Mais, quelles qu'elles soient, le filtrage exercé peut s'exprimer tant à l'égard des mouvements externes des droits sociaux, vers les tiers, qu'à l'égard des mouvements internes, entre associés. Ces derniers ne doivent pas être négligés au motif que l'agrément leur a déjà été donné²⁷⁸. Leur personnalité est en effet susceptible d'évoluer, notamment sous l'influence de leur entourage²⁷⁹. De même, si l'associé est une personne morale, les détenteurs de son contrôle sont susceptibles de changer.

Une finalité similaire peut être observée dans les autres groupements de personnes que sont les associations²⁸⁰ et les groupements d'intérêt économique mais toutefois, pour ces derniers, les conditions de mise en œuvre de l'agrément sont laissées à la discrétion des statuts²⁸¹.

- En second lieu, en tant que procédure, sa finalité est de protéger les intérêts antagonistes présents lors de son déroulement : celui de la société, et celui du cédant qui, en vertu du principe de la prohibition des engagements perpétuels, ne saurait être tenu de rester dans la société contre son gré²⁸². Cet ordre public de protection s'exprime par l'impérativité des règles procédurales. Leur respect est rigoureusement défendu par la Cour de cassation, que ce soit par une interprétation stricte des textes et des clauses statutaires corrélatives, mais aussi par le total rejet

²⁷⁷ BELLOUEZANE (S.), « Si tu es un jeune développeur de talent, appelle-nous ... », *Le Monde*, 19 septembre 2015, p. SCQ2 ; MOLGA (P.), « Créer son entreprise à plusieurs, pour le meilleur ou pour le pire », *Les Echos*, 14 octobre 2015, p. sup2 ; WOITIER (Ch.), « Pourquoi Vivendi investit dans Ubisoft », *Le Figaro Économie*, n° 22147, 23 octobre 2015, p. 24 ; SALENTEY (P.), « Oscar A. KAMBLY : "La force des ETI [entreprises de taille intermédiaire], c'est celle de David contre Goliath" », *Les Echos*, 6 décembre 2016 ; X., « Les entreprises familiales se placent en partenaires financiers de la vie locale », *Les Echos Business*, 18 mai 2016 ; CESSAC (M.), « La famille Tata veut chasser l'ancien patron de toutes ses sociétés », *Les Echos*, 13 décembre 2016, p. 19 ; ARRIVET (D.), « Les entreprises familiales, toujours au cœur de l'économie », *Le Figaro, Entreprises et emplois*, n° 22502, 14 décembre 2016, p. 2 ; PIERRON (V.), « Entreprises familiales ou détenues par leurs salariés, les clés du succès », *Publinet, Banques des entreprises*, 19 juin 2017, n° 305 ; CASTETI (C.), « Les multiples chemins de la transmission », *Décideur Magazine*, 1^{er} juillet 2017 ; LANDRIEU (V.), « Ce que les ETI [entreprises de taille intermédiaire] peuvent nous apprendre », *Les Echos Executive*, 2 octobre 2017, p. 1.

Comp. De la TOUR d'ARTOISE (Th.), « Les entreprises familiales doivent ouvrir leur capital », *Le Monde, Entreprises*, 19 novembre 2016, p. SCQ7 ; FAY (P.), « La famille, un label qui plaît aux marchés », *Les Echos, Finance et marché*, 25 janvier 2017, p. 30.

²⁷⁸ *Comp.* la situation résultant de l'interdiction de soumettre à l'agrément les transferts d'actions entre actionnaires : v. *infra* n° 118.

²⁷⁹ V. à ce propos, *infra* n° 237. Et pour les facilités leur étant offertes par le législateur pour intégrer la société, v. *infra* n° 92.

²⁸⁰ V. notamment à ce sujet : HELLERINGER (G.), « Ne pas renouveler une adhésion : une prérogative contractuelle », note sous Cass., 1^{ère} civ., 6 mai 2010, *D.* 2010, p. 2413 : « Devient-on membre de l'association Gîtes de France comme on entre dans un moulin ? Et cette collectivité a-t-elle des allures d'auberge espagnole ? Que nenni ! Les gîtes de France tiennent plutôt de la forteresse, car il n'existe pas de droit à faire partie d'une association. Ne pas avoir pour but de partager des bénéfices ne signifie pas nécessairement renoncer à sélectionner ses compagnons d'aventures. Comme d'autres groupements, une association peut être ouverte ou fermée, et n'accueillir alors que des membres dûment agréés. C'est ainsi que l'association Gîte de France limite statutairement toute adhésion à une durée donnée et s'autorise à refuser le renouvellement de ses adhérents. Ce dispositif permet de contrôler les qualités de convivialité et de respect de l'environnement qui font sa renommée ».

²⁸¹ C. com., art. L. 251-9, al. 1^{er} (G.I.E.) : « Le groupement, au cours de son existence, peut accepter de nouveaux membres dans les conditions fixées par le contrat constitutif ».

²⁸² Sauf en présence d'une clause d'inaliénabilité, mais l'associé est supposé avoir consenti aux effets de cette clause (v. *supra* n° 51) et, plus discutablement, en présence d'un refus d'agrément de son cessionnaire s'il est associé d'une SNC (v. *supra* n° 54).

d'un formalisme de substitution, ce que regretteront certains praticiens²⁸³. Cette rigueur est néanmoins bienvenue car chaque règle a une fonction bien précise. Mais cette interprétation littérale des textes pose aussi des problèmes, notamment lorsqu'il s'agit de définir le domaine de l'agrément. Ainsi, le mot « cession », souvent utilisé par les textes pour définir son champ d'application, exclut-il d'autres opérations telles que les fusions ou, les démembrements de droits sociaux ? Dans cette dernière hypothèse, l'agrément doit-il nécessairement viser l'acquisition de la qualité d'associé, ou l'acquisition de pouvoirs au sein de la société comme le peut, par exemple, l'usufruitier de droits sociaux²⁸⁴ ? Ces questions sont d'autant plus problématiques que les clauses statutaires ne comblent pas toujours les insuffisances de la loi, d'où la nécessité de conceptualiser la législation de l'agrément afin de l'unifier et de la simplifier.

Sous-section II. Vers un agrément conceptualisé ?

75. Plan. Afin d'assurer la stabilité de la règle de droit, le juriste doit se transformer en « “faiseur de système“, remontant du concret à l'abstrait, passant du multiple à l'un, s'effor[çant] de ramener la pluralité des solutions données par la loi ou la jurisprudence à quelques formules qui en dégagent les aspects fondamentaux »²⁸⁵. Tel est l'objectif de la présente thèse qui s'efforcera d'atteindre ce but grâce au suivi d'une certaine méthodologie (§ II). Celle-ci permettra, *in fine*, de résoudre la problématique posée par l'agrément en droit des sociétés (§ I).

§ I. La problématique : unifier et simplifier la législation selon une conception personnaliste de la société.

76. Plan. Cette problématique répond à une double constatation. D'une part, les règles actuelles manquent d'unité, ce qui est une source de complexité et d'incertitudes (I). Et, d'autre part, elles présentent néanmoins le point commun d'être applicables à l'ensemble des sociétés dès lors que la considération de la personnalité des associés exerce une incidence duale : non seulement sur leur formation mais aussi leur fonctionnement (II).

²⁸³ V. *infra* n° 304, n° 195.

²⁸⁴ Semblant implicitement accorder la qualité d'associé à l'usufruitier : Cass. com., 8 décembre 2008, *D.* 2009, p. 780, note (B.) DONDERO, citant l'arrêt : « que les statuts peuvent déroger à la règle selon laquelle, si une part est grevée d'usufruit, le droit de vote appartient au nu-proprétaire, dès lors qu'ils ne dérogent pas au droit du nu-proprétaire de participer aux décisions collectives [...] l'usufruitier aurait fait du droit de vote que lui attribuaient les statuts un usage contraire à l'intérêt de la société, dans le seul dessein de favoriser ses intérêts personnels au détriment de ceux des autres associés » (v. également les références à ce débat citées par l'auteur en note de bas de page n° 12).

Contra, v. *infra* n° 231.

²⁸⁵ RIVERO (J.), « Apologie pour les “faiseurs de systèmes“ », *D.* 1951, *chron.* p. 99.

I. Un manque d'unité générateur de complexité et d'incertitudes.

77. **Une première constatation : le piège d'une législation trop technique.** En premier lieu, l'agrément est conçu comme un mécanisme fonctionnel propre à chaque type sociétaire, alors même qu'un certain nombre de ces règles sont communes à leur ensemble. Plus généralement, ce manque d'unité est révélateur de la complexité des textes qui ne sont pas nécessairement identiques, ni aussi précis d'une société à une autre. À cet égard, le législateur est, semble-t-il, tombé dans le double piège que constitue une législation trop technique.

- Le premier piège réside dans le fait qu'un excès de précisions engendre, paradoxalement, l'inintelligibilité de la loi²⁸⁶. En effet, trop de précisions génèrent inévitablement des incertitudes quant au régime juridique des hypothèses imprévues. Des textes détaillés obligent à rechercher minutieusement dans leur contenu si la situation de l'espèce appartient aux cas référencés²⁸⁷. Or, il est depuis longtemps acquis que le législateur ne peut tout anticiper lors de la rédaction de la loi²⁸⁸. Par ailleurs, de cet excès de précision résulte un autre défaut législatif : celui de la coexistence de dispositions contradictoires d'une réforme à une autre. La législation de l'agrément

²⁸⁶ V. pour cette exigence constitutionnelle : Cons. const., 16 décembre 1999, n° 99-421 DC, comm. FRISON-ROCHE (M.-A.), BARANES (W.), « Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi », *D.* 2000, p. 361 : « [...] Une loi devra donc être considérée comme intelligible lorsqu'une personne ordinaire qui en prend connaissance comprend les droits et les libertés que la loi concrétise à son profit ou à son encontre, et mesure également les moyens d'effectivité de ceux-ci, notamment le mode contentieux de leur protection. [...] Ainsi, lorsque la Cour suprême du Canada définit la précision et l'intelligibilité d'un texte, elle affirme qu'une loi doit être sanctionnée pour imprécision lorsqu'elle ne peut plus constituer une base pour le débat judiciaire ».

²⁸⁷ Pour un exemple connu, v. le contentieux suscité par l'interprétation du mot « cession » et la question de son application aux fusions (*infra* n° 195).

Adde GÉNICON (Th.), « Notions nouvelles et notions abandonnées, réflexion sur une révolution des mots », *Revue des contrats* 2015, n° 3, p. 625 ; - , « La grammaire dans la réforme du droit des contrats », *Revue des contrats* 2016, n° 4, p. 751.

²⁸⁸ V. en ce sens : PORTALIS (J.-É.-M.), *Discours préliminaire au premier projet de Code civil*, Éd. Confluences, 1999 : « Tout simplifier est une opération sur laquelle on a besoin de s'entendre. Tout prévoir est un but qu'il est impossible d'atteindre. [...] Il ne faut point de lois inutiles ; elles affaibliraient les lois nécessaires ; elles compromettraient la certitude et la majesté de la législation. Mais un grand État comme la France, qui est à la fois agricole et commerçant, qui renferme tant de professions différentes, et qui offre tant de genres divers d'industrie, ne saurait comporter des lois aussi simples que celles d'une société pauvre ou plus réduite. [...] Nous nous sommes également préservés de la dangereuse ambition de vouloir tout régler et tout prévoir. Qui pourrait penser que ce sont ceux mêmes auxquels un code paraît toujours trop volumineux, qui osent prescrire impérieusement au législateur la terrible tâche de ne rien abandonner à la décision du juge ? Quoi que l'on fasse, les lois positives ne sauraient jamais entièrement remplacer l'usage de la raison naturelle dans les affaires de la vie. Les besoins de la société sont si variés, la communication des hommes est si active, leurs intérêts sont si multipliés et leurs rapports si étendus, qu'il est impossible au législateur de pourvoir à tout ».

Adde THALLER (E.), cité par GÉNY (F.), *Science et technique en droit privé positif, Elaboration technique du droit positif*, t. 1, Sirey, 1921, p. 180 : « Chaque institution exige un effort de synthèse, pour être comprise, [...] le devoir de l'homme de loi est de la ramener à une figure d'ensemble résumant ses services et le but auquel ladite institution répond, puis classer cette figure parmi les catégories déjà établies, ou, s'il le faut, d'instituer pour elle une catégorie nouvelle. Et c'est en cela que consiste l'art de la construction, et toute entreprise qui s'abstient d'y recourir laisse l'édifice qu'elle élève entièrement découronné. Pour employer une autre métaphore, la construction juridique est une clef de voûte qui soutient tous les arceaux, toutes les pièces de l'œuvre. Son avantage ne réside pas dans un amusement de l'esprit. Le mérite qu'elle a, c'est de communiquer au cerveau, sous forme dense et abrégée, un appareil de démonstration au moyen duquel de nombreuses difficultés se résoudreont. Grâce à elle, un principe dirigeant gouvernera les cas les plus inattendus de litiges ».

recèle en ce sens de nombreux exemples, non seulement de contradictions entre les textes de plusieurs formes sociales, mais aussi entre ceux d'une seule et même société. Enfin, spécialement lors de l'adoption de la réforme des sociétés commerciales en 1966²⁸⁹, certains amendements parlementaires sur des points très précis ont eu pour effet d'anéantir la cohérence initiale des textes suscitant, par là même, des difficultés d'interprétation insoupçonnées²⁹⁰. Pour conclure cet état des lieux, les propos du professeur Frison-Roche pourraient servir de guide afin de pallier les insuffisances relevées : une « branche du droit n'a pas besoin que de la richesse et de la précision de ses règles techniques, elle a aussi besoin de clarté dans ses distinctions élémentaires, notamment pour déterminer un ou des droits communs »²⁹¹. Plus grave encore est peut-être la conséquence directe de ces maladroites.

- Le second piège résulte du premier : l'inintelligibilité de la loi entraîne indubitablement un fort contentieux²⁹². Le manque de généralité des textes entraîne des discussions byzantines sur le sens des mots, emportant avec elles des conséquences parfois désastreuses en pratique²⁹³. Ainsi en est-il de l'interprétation qu'il convient de donner au mot « cession », souvent utilisé par la loi pour désigner le domaine de l'agrément. Mais alors, *quid* des autres opérations juridiques ? Ce mot s'interprète-t-il largement, ou faut-il s'en remettre à la diligence des praticiens pour viser précisément, une par une, chaque opération susceptible d'entrer dans le champ d'application de la clause ? D'une façon générale, l'ensemble des décisions de justice en la matière « traduisent la difficulté qu'ont les parties et la pratique à “digérer” la procédure d'agrément du cessionnaire de droits sociaux, qui demeure une source inépuisable de contentieux [...] »²⁹⁴. Si les inconvénients présentés par

²⁸⁹ Pour l'historique de la consécration législative de la procédure d'agrément : v. *supra* n° 41.

²⁹⁰ V. par exemple à propos de l'ancienne interdiction de l'agrément visant les cessions d'actions entre actionnaires : v. *supra* n° 43. Et à propos de l'interdiction faite de stipuler une clause d'agrément visant les transferts d'actions entre proches parents : SAINTOURENS (B.), « Le nouveau droit des clauses d'agrément », *Rev. sociétés* 2004, p. 611, *spéc.* n° 10 : « S'il peut y avoir derrière cet état du droit, une volonté de protection des proches parents de l'actionnaire, la limitation à cette seule forme de société apparaît alors curieuse. À notre sens, ce premier pas réalisé par l'ordonnance de 2004 mériterait bien d'en appeler un autre visant à libéraliser complètement le domaine des clauses statutaires d'agrément. En attendant, on en est réduit à se demander ce qui peut bien encore justifier que la forme d'une société anonyme puisse être choisie pour un projet d'entreprise, dès lors bien sûr qu'il n'est pas envisagé de faire appel public à l'épargne, alors que la société par actions simplifiée permet d'aboutir aux mêmes avantages sans subir les restrictions qui affectent encore la société anonyme ».

V. également l'adoption de la nullité comme sanction de la cession d'actions réalisée sans agrément (v. *infra* n° 401 et plus généralement à ce propos : COURET (A.) et PERRIER (C.), « Les effets d'une clause d'agrément érigée en condition suspensive », *Bull. Joly Sociétés* 1999, p. 318).

²⁹¹ FRISON – ROCHE (M.-A.), « La distinction entre sociétés cotées et sociétés non cotées, in *Mélanges AEDBF-France*, Banque éditeur, 1997, p. 189 ; CONAC (P.-H.), « La distinction des sociétés cotées et non cotées », *Rev. sociétés* 2005, p. 67.

²⁹² V. en ce sens, l'ensemble des décisions de justice cité en bibliographie.

²⁹³ V. pour une illustration l'affaire Yves Rocher : *infra* n° 204-2.

²⁹⁴ « [...] ; il est vrai que la rédaction des textes, bien que remaniée en 2004 pour les SARL et les sociétés par actions, est sans doute encore perfectible » (SAINTOURENS (B.), note sous Cass. com., 8 avril 2008, n° 07-11.237, SA Sogecore c/ SA Ecore, *Bull. Joly Sociétés*, 01 avril 2003, p. 479).

Addé à propos des sociétés civiles : DEREU (Y.), note sous CA Paris, 14^{ème} ch. sect. B, 17 janvier 2003, SCI Val Thorens c/ Marvaldi, *Bull. Joly Sociétés*, 01 avril 2003, p. 479 : « [le législateur] à l'alinéa 1^{er} de l'article 1861 du Code civil a posé un principe faux (les parts sociales ne peuvent être cédées qu'avec le consentement de tous les associés) puisque remis en cause à l'alinéa suivant par un principe (en partie) contraire (ne sont pas soumises à agrément les cessions consenties à des ascendants ou

la législation actuelle de l'agrément sont importants, elle met toutefois en évidence un point commun à toutes les sociétés.

II. Une considération de la personnalité des associés possible dans chaque type de société.

78. Une seconde constatation : une transgression des clivages habituels. En second lieu, il semble possible de déduire des précédents propos que la présence d'un agrément transgresse les clivages habituels pour mettre en avant la véritable distinction du droit des sociétés : l'opposition entre les sociétés influencées par la personnalité des associés, et celles à dominante financière dont l'archétype est la société cotée²⁹⁵. À travers le prisme de l'*intuitu personae*, l'agrément transcende la distinction traditionnellement faite entre les sociétés de personnes et les sociétés de capitaux puisqu'il trouve, indifféremment, une utilité dans l'une ou l'autre de ces catégories. Sa présence oblige à prendre acte du maintien des relations contractuelles des associés au-delà du stade de la formation de la société et, de la sorte, à distinguer entre l'ordre interne et l'ordre externe de la société, ce dernier étant matérialisé vis-à-vis des tiers par l'attribution de la personnalité morale²⁹⁶. Or, comme l'exprimait le doyen Ripert, il ne faut pas se fier à l'apparence d'humanité des personnes morales, elles ne sont que des « robots »²⁹⁷ derrière lesquelles se trouvent des personnes physiques pour les diriger. L'influence de leur personnalité sur la société rendrait ainsi trop réductrice l'opinion selon laquelle elle devrait être qualifiée d'institution. Cette qualification serait, en revanche, plus adaptée à une conception

descendants du cédants). Pourquoi n'avoir pas distingué, par exemple dans deux articles séparés, comme il l'a fait pour les SARL, l'hypothèse des cessions dans les rapports familiaux (avec le principe de liberté et sa dérogation) et celle des cessions en dehors du cadre de la famille (nécessité d'un agrément unanime des associés, sauf dérogations) ? Une modification législative serait évidemment souhaitable. Mais en attendant celle-ci ou à défaut de celle-ci, les rédacteurs de sociétés civiles doivent faire, de cette grande liberté qui existe en matière de cession de parts dans ce type de groupement, un usage particulièrement éclairé.

²⁹⁵ Prônant notamment cette distinction : FRISON - ROCHE (M.-A.), « La distinction entre sociétés cotées et sociétés non cotées », in *Mélanges AEDBF-France*, Banque éditeur, 1997, p. 189, *spéc.* p. 190. Pour plus de détails et de références bibliographiques à ce propos, v. *infra* n° 157 et s.

Comp. MORIN (A.), « *Intuitus personae* et sociétés cotées », *RTD com.* 2000, p. 299, *spéc.* n° 40 : « Ainsi, arrive-t-on, en déjouant les apparences trompeuses, à l'idée aussi audacieuse que surprenante, selon laquelle l'*intuitus personae* est parfois plus fort dans les sociétés cotées que dans les sociétés non cotées. Peut-être est-il temps de se convaincre que société cotée et *intuitus personae* ne forment pas un couple impossible... ».

²⁹⁶ Pour plus de détails à ce propos, v. *infra* n° 137 et s., n° 155 et s.

²⁹⁷ RIPERT (G.), *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, L.G.D.J., 2^{ème} éd., 1951, p. 90, n° 30.

V. également en ce sens : GUYON (Y.), *Droit des affaires, Droit commercial général et Sociétés*, t. 1, Economica, 12^{ème} éd., 2003, p. 89, n° 93 : « la société [...] échappe aux vicissitudes qui atteignent les personnes physiques. Elle naît pourvue de toute sa capacité juridique et matérielle, sans avoir besoin d'éducation ou d'apprentissage. Son activité n'est pas entravée par des considérations affectives, sentimentales ou familiales. Elle ignore l'impuissance de la maladie, comme la faiblesse de la vieillesse. Elle est maîtresse de sa mort, puisqu'elle règle librement la durée de sa vie. La société est donc un être surhumain. Les seules faiblesses dont elle souffre sont le contrecoup des passions ou des insuffisances de ses dirigeants ou de ses membres, c'est-à-dire des personnes physiques ».

financière de la société²⁹⁸ et, plus généralement, aux sociétés cotées sur un marché dont les règles tendent à faire disparaître cette influence. En outre, l'application d'un agrément ne saurait être un critère suffisant pour distinguer les parts sociales des actions pour la même raison que précédemment, c'est-à-dire, du fait de la possibilité d'appliquer indifféremment l'agrément à ces deux catégories de droits sociaux²⁹⁹. Leur cession ne saurait davantage être conçue comme la réalisation du transport d'un bien car l'*intuitu personae* que vise à protéger l'agrément n'est pas une notion patrimoniale. Sa présence tendrait alors à reconsidérer l'objet des droits sociaux en tant que représentation de la position contractuelle d'un associé³⁰⁰. Par conséquent, afin d'unifier et de rationaliser le régime de l'agrément, sans toutefois bouleverser le droit actuel des sociétés, l'intégration d'une conception personnaliste de la société y serait souhaitable.

§ II. La méthodologie : rationaliser la législation sous la forme d'un système cohérent.

79. **Plan.** Rationaliser l'agrément présente plusieurs intérêts (I) qui ne pourront être concrétisés qu'en respectant une double démarche (II).

I. Les intérêts de l'élaboration d'un droit commun de l'agrément.

80. **Des intérêts tant pratiques que théoriques.** Loin d'être unitaire, l'agrément se conjugue actuellement au pluriel car il en existe autant que de structures sociétaires. Chacun de ces régimes présente pourtant des points communs et des spécificités. Ils présentent aussi des défauts globalement similaires³⁰¹. Or ces derniers pourraient être éliminés simplement par l'unification de ces régimes. De cette simplification au fond du droit, il résulterait corrélativement un allègement formel des textes ; ceux devenus redondants avec la règle générale nécessiteraient alors d'être supprimés. À cet égard, le professeur Frison-Roche souligne qu'un « ensemble de règles techniques ne peut en réalité se mouvoir qu'à l'appui de règles générales qui non seulement leur donne sens, mais encore assurent leur cohérence »³⁰². Cette suggestion d'améliorer les règles de droit par une

²⁹⁸ Pour plus de précisions à ce propos, v. *infra* n° 178.

²⁹⁹ V. *infra* n° 125.

³⁰⁰ V. *infra* n° 168.

³⁰¹ V. notamment pour quelques exemples *supra* n° 42 et s.

³⁰² FRISON – ROCHE (M.-A.), *art. préc., loc. cit.*

recherche de leur généralité pourrait inspirer non seulement le législateur, mais aussi la doctrine et le juge du droit des affaires. En cela, une réflexion sur la simplification du régime de l'agrément recèle tant un intérêt pratique que théorique.

En premier lieu, le législateur national comme européen s'emploie depuis plusieurs dizaines d'années à simplifier le droit, qu'il s'agisse du droit des sociétés, du droit des affaires, mais aussi plus largement, du droit civil³⁰³. La récurrence des lois ou des ordonnances intitulées selon cet objectif porte à croire en la ténacité de sa volonté à y parvenir. Cependant, il semble embourbé dans cet idéal tant les résultats concrets manquent à l'issue des différentes réformes, y compris celles ayant modifié la législation de l'agrément sociétair³⁰⁴. Or les problèmes soulevés par cette dernière sont l'ombre projetée de ceux du droit des sociétés, et plus généralement, de ceux du droit des affaires dont l'incompatibilité du corpus avec les impératifs de souplesse et de sécurité requis par leur exercice a maintes fois été soulevée, tant par les praticiens que par la doctrine.

En second lieu, le juriste ne peut se contenter de raisonner *de lege lata*, il doit également s'efforcer de le faire *de lege feranda*³⁰⁵. Bien que critiqués comme étant des « faiseurs de système », les théoriciens peuvent, eux aussi, contribuer à simplifier le droit. Reprenant l'« apologie » faite par Rivero pour ces derniers³⁰⁶, Ripert soulignait ainsi que : « En réalité ce sont les techniciens qui créent les principes si on les entend dans le sens de règles générales. Ils recherchent si un certain nombre de dispositions légales peuvent être présentées comme des applications d'une règle générale, dont elles déterminent les modalités. Les juristes sont des “ faiseurs de système “, et Monsieur Rivero a justement montré l'utilité que présente la création d'un système logique. [...] Le juriste ne les crée pas arbitrairement, mais il découvre sous les données des règles légales, l'existence d'une règle générale qui explique un certain nombre de dispositions particulières »³⁰⁷.

Adde SAINTOURENS (B.), *Essai sur la méthode législative ; droit commun et droit spécial*, thèse Bordeaux, 1986, spéc. p. 45.

³⁰³ V. notamment : MOLFESSIS (N.), « Simplification du droit et déclin de la loi », *RTD civ.* 2004, p. 155 ; BARANGER (G.), « De la simplification du droit », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Paul Le Cannu*, Dalloz, 2014, p. 1 ; LECOURT (B.), « Réflexions sur la simplification du droit des affaires », *RTD com.* 2015, p. 1.

Au niveau européen, v. notamment pour le droit des sociétés : NAVEZ (J.-E.), (sous la direction de), *La simplification du droit des sociétés privées dans les États membres de l'Union européenne*, L.G.D.J. – Bruylant, 2014.

³⁰⁴ V. à ce propos, l'échec de la simplification réalisée dans le domaine de l'agrément par l'ordonnance du 25 mars 2004 ; ordonnance pourtant intitulée « simplification du droit et des formalités pour les entreprises », à propos de laquelle il a pu être dit que : « [...] de l'analyse du procédé de la législation par ordonnance jusqu'à l'examen approfondi du contenu de ces textes, tout conduit à douter non point de la réalité de cette volonté [simplificatrice] du législateur, mais de sa capacité à réaliser l'objectif ainsi fixé » (CONSTANTIN (A.), « Commentaires des dispositions de l'ordonnance du 25 mars 2004 relatives au droit des sociétés », *Rev. Lamy Droit des affaires* 2004, n° 73).

³⁰⁵ HOUIN (R.), « *De lege feranda* », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Dalloz, 1961, p. 284.

³⁰⁶ RIVERO (J.), « Apologie pour les “ faiseurs de systèmes “ », *D.* 1951, *chron.* p. 99.

³⁰⁷ RIPERT (G.), *Les forces créatrices du droit*, L.G.D.J., 2^{ème} éd., 1955, p. 331, n° 134.

Les auteurs classiques Domat et Pothier étaient eux-mêmes des faiseurs de système puisqu'en « utilisant abondamment les matériaux fournis par le droit romain, ceux-ci avaient entrepris, sous l'influence du droit canonique et de la morale chrétienne, l'édification d'un système qui rompait avec la conception romaine du contrat » (TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. Précis, 11^{ème} éd., 2013, p. 38, n° 31).

Cette découverte est facilitée par la répartition des règles selon leur nature fonctionnelle ou conceptuelle. Le doyen Vedel avait ainsi révélé que « les notions fonctionnelles sont appelées en général à disparaître en se résorbant au moins en partie dans une synthèse supérieure de nature conceptuelle »³⁰⁸.

S'agissant de l'agrément en droit des sociétés, cette résorption ne se produira qu'à partir de l'énoncé d'un nouveau principe : celui du caractère personnaliste de la société dont le transfert des droits sociaux est soumis à un agrément³⁰⁹. Néanmoins, pour y parvenir, le respect d'une double démarche est nécessaire.

II. Une double démarche.

81. D'abord un examen global des règles actuelles, pour ensuite élaborer une reconstruction. Afin d'unifier la législation de l'agrément, une double démarche sera suivie. En premier lieu, la précision des textes, de même que la finesse du contentieux sont telles que l'observateur n'a d'autre choix que de mener une enquête exhaustive à leurs propos. Celle-ci permettra de mettre en évidence les traits saillants de la législation : ses qualités ainsi que ses défauts, mais également, de suggérer des pistes de correction, parfois contenues en son sein-même, à travers ses généralités ou, au contraire, ses éléments spéciaux. En second lieu, l'analyse nécessitera de s'élever au-delà d'un exposé spécifique à chaque société pour adopter une vision globale de la matière. En effet, celle-ci présente des points communs pour chaque société, lesquels peuvent être analysés selon une approche davantage dogmatique que pratique. À partir de cette décomposition de la législation, une reconstruction sera alors possible. L'élaboration du nouveau droit se fondera sur la distinction des règles générales et des règles spéciales telles que dégagées dans un premier temps.

Mais le caractère véritablement novateur de la démonstration consistera à vérifier s'il est possible d'énoncer un nouveau principe consacrant la présence de *l'intuitu personae* dans toutes les sociétés. Plus généralement, ce principe pourrait constituer la base d'un droit des sociétés fermées par opposition aux sociétés cotées et, peut-être même, ambitieusement, la première pierre de la rédaction d'un Code des sociétés qui serait, à l'image du Code de procédure civile, un code des

³⁰⁸ VEDEL (G.), « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *JCP* 1950, I, 851, *spéc.* n° 4, citant l'exemple des actes discrétionnaires : « On s'est aperçu qu'il n'existait point à proprement parler d'actes discrétionnaires, mais que tout acte administratif comportait une part plus ou moins large, mais toujours présente, d'opportunité laissée à l'appréciation de l'Administration et une part plus ou moins large, mais toujours présente, de légalité donnant prise au contrôle du juge. Si bien que l'ancienne catégorie des actes discrétionnaires n'est plus apparue comme un cas particulier de la théorie générale dans laquelle elle s'est intégrée [...] ».

³⁰⁹ V. *infra* n° 139 et s.

professeurs élaboré sur le fondement de cette *summa divisio* tant souhaitée³¹⁰. Ainsi, un droit commun des sociétés fermées serait organisé sur le fondement du droit des obligations par opposition à un droit spécial des sociétés ouvertes (ou cotées), organisé sur celui du droit des biens ; son utilité première étant de permettre la circulation d'un titre sur un marché réglementé³¹¹.

Plus modestement, la législation de l'agrément reconstruite sur la base de ce principe serait non seulement plus simple, et donc plus intelligible, mais également davantage conforme au renouveau contractuel du droit des sociétés. En effet, ce nouveau principe conférerait une suprématie à *l'intuitu personae* et à une conception contractuelle de la société³¹². La législation en résultant serait également plus conforme à la réalité économique, tant française qu'européenne, très majoritairement composée de petites et moyennes entreprises, et dont le caractère fermé est bien connu³¹³. Dès lors, au regard de l'importance de ces enjeux économiques, l'esprit présidant la reconstruction de cette nébuleuse de règles ne serait pas de concevoir celle-ci comme une fin en soi, mais plutôt comme un instrument au service d'objectifs. Ces derniers sont récurrents. Ils résident principalement dans l'octroi d'une plus grande liberté au profit des entreprises dans l'organisation de leur gouvernance. En l'occurrence, davantage de liberté serait conférée dans le choix de la composition de ce qui a pu être dénommé le « sociétariat »³¹⁴. Telle est donc la voie à suivre pour que les analyses positivistes du régime de l'agrément, autrement dit, de son domaine (Partie I) et de sa mise en œuvre (Partie II), mènent à sa rationalisation.

³¹⁰ « Le nouveau code de procédure civile, certes code des professeurs, certes code dont la nature réglementaire a permis de conserver sa cohérence de construction et d'écriture, a des mérites reconnus aujourd'hui par les praticiens. Il débute par l'énoncé des principes directeurs communs à toutes les sociétés mais, dans une structure en spirale, il décline les principes communs à divers stades de l'instance, puis aux divers objets de l'instance. Ainsi, pourrait-on écrire un nouveau code des sociétés. Il faudrait un peu de calme pour cela. » (FRISON – ROCHE (M.-A.), « La distinction entre sociétés cotées et sociétés non cotées », in *Mélanges AEDBF-France*, Banque éditeur, 1997, p. 189, *spéc.* p. 199).

Adde BOIZARD (M.), *La distinction de la société cotée et de la société non cotée comme summa divisio du droit des sociétés*, Paris II, 1998.

³¹¹ V. en ce sens, FRISON – ROCHE (M.-A.), *art. préc.*, *spéc.* p. 194.

³¹² V. *infra* n° 161 et s.

³¹³ V. notamment au sujet du projet de société privée européenne : LECOURT (B.), « La *Societas Unius Personae*, La nouvelle société unipersonnelle à responsabilité limitée proposée par la Commission européenne », *Rev. sociétés* 2014, p. 699, *spéc.* n° 8 : « Les autorités européennes ont pris conscience, ces dernières années, qu'il fallait adapter la réglementation aux PME qui représentent 99 % des entreprises de l'Union européenne. En juin 2008, fut adopté le « *Small Business Act* », révisé en février 2011. Et encore récemment, une consultation a été lancée sur « Le futur plan d'action vert pour les PME ». Pourtant, alors que des consultations publiques ont révélé une forte demande de textes en faveur des PME, ces derniers sont, en matière sociétaire, rares. Tout au plus, peut-on citer les modifications des directives comptables en vue d'alléger les obligations pesant sur les petites entreprises. Ce n'est pas faute de volonté car le projet de SPE était destiné principalement aux PME et les autorités européennes croyaient réellement à la possibilité d'aboutir à un consensus entre les États membres. La réforme de la directive sur les sociétés unipersonnelles demeure alors une solution. Ne fut-elle pas le premier texte sociétaire à s'intéresser directement aux PME ? On notera qu'il existe 21 millions de PME en Europe ; elles représentent près des deux tiers des emplois dans l'Union, 12 millions d'entre elles sont des sociétés à responsabilité limitée, dont 5,2 millions qui ont la forme unipersonnelle. De nombreuses filiales sont des sociétés unipersonnelles ».

³¹⁴ HOVASSE (H.), « La taxation des plus-values sur droits sociaux et la restructuration des entreprises », *JCP E* 2001, p. 363.

Partie I. D'un domaine aléatoire à un domaine clarifié.

Partie II. D'une mise en œuvre complexe à une mise en œuvre simplifiée.

Partie I.

D'un domaine aléatoire à un domaine clarifié.

82. Dans l'accomplissement de sa mission, le législateur contemporain est souvent en proie à des tensions contradictoires plus ou moins fortes. Celles-ci résultent d'une pression exercée par divers intérêts antagonistes : celle de la rue à travers les mouvements sociaux, celle des lobbyings à travers les intérêts particuliers qu'ils défendent, mais aussi, celle de la majorité politique, sans oublier, celle des instances européennes, qu'elles soient issues de l'Union européenne ou du Conseil de l'Europe. Il en résulte une multiplication de lois, règlements, ordonnances, décrets, et autres normes plus ou moins opératoires, voire, contradictoires. Pour autant, le législateur n'oublie pas l'objectif de simplification des lois tant se cumulent les rapports ou les normes intitulés de la sorte. La législation semble alors schizophrène : il est difficile de discerner une cohérence au sein de ses multiples strates ; la précision parfois excessive des textes étant, en outre, le fruit de leur inflation.

L'agrément est un terrain fertile d'étude de ce phénomène, spécialement les hypothèses pour lesquelles il est susceptible de s'appliquer. Composé de sa source et de ses faits générateurs, son domaine semble aléatoire tant il a été méticuleusement encadré, au cas par cas, sans principe directeur pour le gouverner. Pourquoi un tel résultat ? À quelles pressions le législateur a-t-il dû faire face ? Quels objectifs législatifs ont gouverné l'édiction de ces règles ? *In fine*, sont-elles pour autant insatisfaisantes ?

Répondre à ces questions est certes indispensable, mais la réflexion de la doctrine ne consiste pas uniquement à réfléchir sur la valeur et l'efficacité du droit en vigueur. Il s'y ajoute une dimension créatrice grâce à laquelle sont suggérées de nouvelles perspectives d'évolution de la législation³¹⁵. Les analyses tant positivistes que prospectives de la source (Titre I) et des faits générateurs de l'agrément sociétaire (Titre II) révéleront si ce dernier se prête à cet exercice.

³¹⁵ HOUIN (R.), « *De lege feranda* », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Dalloz, 1961, p. 273, *spéc.* p. 275.

Titre I. La source de l'agrément.

Titre II. Les faits générateurs de l'agrément.

Titre I.

La source de l'agrément.

83. Plan. L'agrément est connu pour tirer sa force d'une clause. Pourtant, les statuts ne sont pas son unique source³¹⁶. La loi peut aussi l'imposer, parfois le rendre supplétif, et même plus rarement, l'interdire. Ces variations obligent à vérifier les textes de chaque société et à comparer les situations justifiant une telle dislocation entre ses sources conventionnelles et légales.

Les analyses ainsi faites permettront non seulement de mettre en évidence les causes de ce morcellement (Chapitre I) : est-il lié à la nature des droits sociaux ? À celle du fait générateur de l'agrément ? Ou à la qualité de son demandeur ? Mais aussi, de suggérer des pistes pour unifier sa source (Chapitre II).

³¹⁶ À propos de la possibilité de l'insérer dans un pacte extra-statutaire, v. *infra* n° 290 et s.

Chapitre I. Une source morcelée.

Chapitre II. Une source unifiée.

Chapitre I.

Une source morcelée.

84. Plan. Une lecture intuitive du droit positif laisse supposer que, si l'agrément est une modalité du transfert des droits sociaux³¹⁷, alors il serait dépendant de leur nature. Cette corrélation semble logique puisqu'il constitue un verrou à l'entrée de la société, sa source varierait dès lors nécessairement selon leur degré de cessibilité. *A priori* duale, cette source serait donc légale en présence de parts sociales ou relèverait, au contraire, de la liberté contractuelle des associés en présence d'actions (Section I). En réalité, elle est morcelée par divers critères grâce auxquels le législateur confère plus ou moins d'importance à l'*intuitu personae* dans chaque type sociétaire (Section II).

Section I. L'apparence : une source duale.

85. Plan. Cozian considérait les professeurs de Droit comme maîtres dans l'art de la taxinomie³¹⁸. Le droit des sociétés se prête particulièrement bien à cet exercice de classement car il est presque possible de recenser autant de classifications des sociétés qu'il existe d'ouvrages les présentant³¹⁹. Une qualification des plus traditionnelles se fonde sur l'importance de la considération de la personne des associés dans leurs rapports sociaux (§ I), laquelle coïncide avec

³¹⁷ À propos de la nature de l'agrément, v. *supra* n° 47 et s.

³¹⁸ COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (Fl.), *Droit des sociétés*, Litec, coll. Manuel, 29^{ème} éd., 2016, p. 14, n° 25.

Les associés peuvent aussi n'avoir aucune affinité si la société est utilisée à des fins de défiscalisation.

³¹⁹ GUYON (Y.), *Droit des affaires, Droit commercial général et Sociétés*, t. 1, Économica, 12^{ème} éd., 2003, p. 221, n° 214, distinguant les classifications traditionnelles, qualifiées d'inadaptées, parmi lesquelles sont classées les sociétés de personnes et les sociétés de capitaux, après les sociétés civiles et les sociétés commerciales, et les classifications nouvelles (les sociétés faisant ou ne faisant pas publiquement appel à l'épargne ; les sociétés privées et les sociétés appartenant au secteur public ; les sociétés de droit interne et les sociétés de droit communautaire).

DIDIER (P.), DIDIER (Ph.), *Droit commercial, Les sociétés commerciales*, t. 2, Économica, coll. Corpus droit privé, 2011, p. 3, n° 2 et suivants, distinguant successivement les sociétés à but lucratif des sociétés à but coopératif, les sociétés civiles des sociétés commerciales, parmi celles-ci, les auteurs distinguent les sociétés à risque illimité de celle à risque limité, mais aussi les sociétés par parts d'intérêt et les sociétés par actions. Enfin, la dernière distinction mentionnée est celle différenciant les sociétés ouvertes des sociétés fermées.

COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (Fl.), *Droit des sociétés*, Litec, coll. Manuel, 29^{ème} éd., 2016. Les auteurs choisissent de distinguer les sociétés à risque limité (p. 293, n° 635) des sociétés à risque illimité (p. 601, n° 1421).

LE CANNU (P.), DONDERO (B.), *Droit des sociétés*, Montchrestien, 6^{ème} éd., 2015, p. 21, n° 3 et s. Les auteurs mentionnent plusieurs critères de distinction : le risque couru par le ou les associés, l'offre de titres au public, et enfin, un critère subsidiaire comprenant les petites, moyennes et grandes sociétés ainsi que les sociétés du secteur public et celles du secteur privé. Par ailleurs, ils considèrent que d'autres distinctions, dont la distinction entre les sociétés de personnes et les sociétés de capitaux, ont surtout un contenu formel mais qu'il est encore possible de « les utiliser comme appoint » (*ibid.*, p. 20, n° 2).

MERLE (Ph.), avec la collaboration de FAUCHON (A.), *Droit commercial, Sociétés commerciales*, Dalloz, coll. Précis, 20^{ème} éd., 2017, p. 169, n° 154 : les auteurs distinguent les sociétés de personnes, la société à responsabilité limitée, les sociétés de capitaux, les sociétés sans personnalité morale.

la différence de nature de leurs droits (§ II). Ainsi nommées, ces distinctions devraient *a priori* influencer la source de l'agrément.

§ I. Une source correspondant *a priori* au clivage entre les sociétés de personnes et les sociétés de capitaux.

86. Une distinction fondée sur certaines caractéristiques des sociétés. En pratique, l'agrément est le principal critère utilisé pour déterminer le degré d'admissibilité des tiers dans une société. Or, abstraction faite des dispositions l'encadrant, le droit des sociétés ne mentionne pas explicitement l'importance de la considération de la personne des associés pour chacune de ses structures. Cela signifie alors que le législateur a dû mesurer cette importance à l'aide de critères indépendants de la législation de l'agrément. Or, précisément, les éléments constitutifs de la distinction traditionnellement faite entre les sociétés de personnes et les sociétés de capitaux renseignent sur l'éventuelle présence ou l'absence de *l'intuitu personae* dans les rapports entre associés, autrement dit, sur le degré d'ouverture de leur groupement aux tiers. Certaines dispositions révèlent, de la sorte, une plus ou moins grande opacité de la personnalité morale face à la personnalité des associés.

86-1. Le niveau de responsabilité. Ainsi en est-il de l'intensité de leur obligation aux dettes sociales, limitée ou illimitée. Cette dernière est la première caractéristique de la présence de *l'intuitu personae* car il est nécessaire, avant de s'engager, de porter un jugement non seulement sur la personnalité de chacun, mais aussi sur la teneur de leur patrimoine en raison du risque lié à l'engagement sociétaire³²⁰. Il semble dès lors logique d'imposer l'agrément dans les sociétés où les associés sont personnellement responsables des dettes. La SARL fait néanmoins figure d'exception en raison de sa physionomie de société de personnes à responsabilité limitée³²¹.

86-2. L'influence de la mort d'un associé. La loi indique également l'influence sur la société de certains événements affectant la personne des associés, comme leur mort. En principe, celle-ci entraîne la dissolution de la société en vertu des effets de *l'intuitu personae* sur le contrat initial³²². *A contrario*, l'absence de cette indication légale laisse supposer l'indifférence de cet événement sur le fonctionnement de la société. Toutefois, seul l'article L. 221-15 du Code de commerce relatif à la société en nom collectif illustre précisément cet effet.

³²⁰ Pour la démonstration selon laquelle le patrimoine figure parmi les éléments de personnalité des associés, v. *supra* n° 19-2.

³²¹ BOUCOURECHLIEV (J.), avec la collaboration de HUET (N.), « *De natura SARL* », in *Études à la mémoire d'Alain Sayag*, Litec, 1997, p. 177.

³²² Pour plus de précisions sur l'incidence de *l'intuitu personae* sur le contrat, v. *supra* n° 20 et s., et sur la nature de la société, v. *infra* n° 157 et s.

De ces quelques caractéristiques, il est difficile de déduire précisément le critère sur lequel s'érige le clivage traditionnel entre les sociétés de personnes et les sociétés de capitaux tant il existe des atténuations à leur généralité. En revanche, la nature des droits sociaux le marque plus nettement. La source de l'agrément semblerait davantage y trouver sa justification, et cela, d'autant plus qu'il est une modalité de la convention réalisant leur cession³²³.

§ II. Une source *a priori* déduite de la nature des droits sociaux.

87. Un agrément légal applicable aux parts sociales, un agrément conventionnel applicable aux actions. Les parts sociales des sociétés de personnes et de SARL ne sont pas aisément cessibles du fait de la présence de l'*intuitu personae*, tandis que les actions et les valeurs mobilières sont au contraire caractérisées par leur libre circulation, laquelle est justifiée par l'absence supposée d'*intuitu personae* entre les actionnaires³²⁴. Dès lors, les premières ne devraient être cédées qu'avec l'accord des autres associés, et après l'accomplissement de formalités d'opposabilité³²⁵, tandis que les secondes, titres négociables impersonnels, le seraient sans agrément ni formalité.

De l'obligation d'agrément dans les sociétés de personnes se déduirait ainsi, logiquement, une source légale applicable aux parts sociales, alors que sa simple faculté, dans les sociétés par actions, se traduirait par une source conventionnelle pour leurs titres³²⁶. Les sociétés illustrant parfaitement ces principes théoriques sont la SNC pour la première catégorie ; la SAS et la société européenne pour la seconde³²⁷. Cependant, l'harmonie de cette ligne directrice est rompue par les nombreuses nuances apportées par la loi à l'intensité de l'*intuitu personae* dans chaque société. Ces ruptures sont créées par l'attribution légale d'une source variable à l'agrément, en fonction de certains faits générateurs, ou de la qualité du bénéficiaire projeté des droits sociaux.

³²³ Sur la nature de l'agrément, v. *supra* n° 48 et s.

³²⁴ Pour davantage de détails sur l'incidence de l'*intuitu personae* sur la cession de droits sociaux, v. *infra* n° 165 et s.

³²⁵ C. civ., art. 1690. Pour les sociétés commerciales, il existe un certain allègement du formalisme : C. com., art. L. 221-14.

³²⁶ Pour l'admission historique de cette possibilité, v. *supra* n° 36 et s.

³²⁷ C. com., art. L. 221-15 (SNC) ; c. com., art. L. 227-14 (SAS), art. L. 229-11 (société européenne). Pour plus de précisions à propos de la source de l'agrément dans ces deux sociétés, v. n° 120 et s., n° 129 et s.

Section II. La réalité : une source morcelée par sa diversité.

88. **Plan.** L'imperfection du clivage entre les sociétés de personnes et les sociétés de capitaux réside principalement dans la possibilité pour les unes de stipuler un agrément, leur donnant ainsi la physionomie d'une société fermée et, corrélativement, dans l'existence d'agréments conventionnels pour les autres, alors même que cette source est pourtant caractéristique des sociétés dites ouvertes. Cohérent avec l'évolution du droit des sociétés (§ II), ce phénomène de morcellement est lié à un interventionnisme excessif du législateur pour définir l'importance de l'*intuitu personae* dans chaque structure sociétaire (§ I).

§ I. Un morcellement lié à l'interventionnisme législatif.

89. **Un byzantinisme exacerbé depuis 1966.** Selon que l'agrément ait vocation à contrôler le bénéficiaire proposé d'un mouvement de parts sociales ou d'actions, sa source serait légale ou conventionnelle. Or, si le principe de cette dichotomie est valable pour les cessions faites aux tiers, en revanche, l'agrément a une source variable au regard, non seulement des faits générateurs de sa procédure, mais aussi, des personnes qui y sont soumises (I). Depuis la réforme des sociétés commerciales de 1966³²⁸, la législation semble d'autant plus sophistiquée que la source de l'agrément, lorsqu'elle est d'origine légale, peut être nuancée entre impérativité et supplétivité. Se constatant pour chaque société, ce morcellement a pour conséquence de leur conférer un *intuitu personae* d'importance variable, dont le bien-fondé interroge (II).

I. Les critères du morcellement de la source de l'agrément.

90. **Plan.** La source de l'agrément est morcelée du fait des liens opérés par les textes avec ses faits générateurs. En dépit de nombreuses incertitudes entourant la définition de ces derniers³²⁹, la cession des droits sociaux (A) et la succession d'un associé (B) en apparaissent comme les principaux. En outre, rares sont les hypothèses pour lesquelles la qualité du cessionnaire ou du successeur n'a pas d'incidence sur la source de l'agrément. Tous les types sociétaires sont ainsi concernés par ces corrélations. Sont-elles pour autant toujours cohérentes, intrinsèquement, comme au regard de la nature des droits sociaux pour lesquels elles influent les

³²⁸ V. *supra* n° 41.

³²⁹ Sur ce point, et pour les autres faits générateurs mentionnés ponctuellement : v. *infra* n° 190 et s.

modalités de cession ? Afin de répondre à cette question, la distinction entre les sociétés de personnes et les sociétés par actions sera utilisée pour analyser chaque type de société, à laquelle sera ajoutée la catégorie des sociétés réglementées, ces structures disposant généralement de leur propre encadrement de l'agrément.

A. L'influence de la qualité du cessionnaire.

91. Plan. Le cessionnaire peut revêtir deux qualités susceptibles de bouleverser l'équilibre du capital social tel qu'institué par l'*intuitu personae* : la qualité de tiers (1) ou celle d'associé (2). Il conviendra de s'interroger sur la façon dont le Droit traite cette différence.

1. L'introduction d'un nouvel associé : la cession à un tiers.

92. Plan. En fonction de la nature des droits sociaux cédés, l'application de l'agrément sera la règle de principe ou l'exception tempérant leur cessibilité. Toutefois, le droit positif se révèle plus complexe. Pour les sociétés de personnes, il sera constaté l'existence d'un principe assorti d'exceptions (a). Tandis que pour les sociétés par actions, l'existence d'un principe se dégagera, mais accompagné d'interdictions (b). Par comparaison, la législation applicable aux sociétés réglementées apparaîtra atypique du fait de sa domination par un seul principe (c). *In fine*, sera-t-il possible de déduire un principe général de la diversité de cet ensemble ?

a. Un principe et des exceptions variables dans les sociétés de personnes et la SARL.

La cession de parts sociales aux tiers est le domaine de prédilection de l'agrément. Dans ces sociétés, il devrait être imposé par la loi. *Quid* de la législation applicable à chacune d'elles ?

93. La société en nom collectif : l'agrément impératif de tout cessionnaire imposé par l'article L. 221-13 du Code de commerce. La rigueur de l'engagement solidaire des associés requiert qu'ils se choisissent en raison de leurs qualités personnelles et patrimoniales. De l'importance de leur *intuitu personae* résulte non seulement l'incessibilité et l'intransmissibilité de leurs parts sociales, mais surtout, le principe de la dissolution de la société au décès de l'un d'eux. Caractéristique des contrats conclus en considération de la personne du cocontractant, cet effet

se justifie par la caducité de l'engagement pris, lorsque l'*intuitu personae* était déterminant de celui-ci³³⁰.

Cependant, la pratique aménageait en fait cette conséquence extrême. Le législateur de 1966 en a tenu compte en autorisant la cession des parts sociales, mais à la condition, toutefois, que le cessionnaire reçoive impérativement l'agrément unanime des associés³³¹. À cet égard, le fait que l'article L. 221-13 du Code de commerce ne fasse référence qu'aux cessions est susceptible de prêter à discussions³³². En revanche, aucune controverse n'est permise au sujet de la qualité de son destinataire en vertu de l'adage « *urbi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* » ; le texte ne faisant aucune distinction.

Par conséquent, la source de l'agrément semble cohérente avec le fait que l'*intuitu personae* est susceptible de s'opposer à l'entrée de toute personne, quels que soient ses liens avec l'associé³³³. Des remarques similaires peuvent être tenues pour la société en commandite simple.

94. La société en commandite simple : l'agrément impératif de tout cessionnaire imposé par l'article L. 222-8, I du Code de commerce. Cet article dispose que : « [...] les parts sociales ne peuvent être cédées qu'avec le consentement de tous les associés ». Sa lecture suscite deux remarques.

- D'une part, comme pour le texte de la SNC³³⁴, une interprétation stricte du verbe « céder » semble exclure les hypothèses de transmission et réduirait d'autant le champ d'application de l'agrément³³⁵.

- Et, d'autre part, le texte ne distingue pas selon la qualité du cessionnaire, ni même selon celle des associés, qu'ils soient commandités ou commanditaires. Il donne néanmoins, à son deuxième alinéa, la possibilité d'introduire une telle distinction, spécialement à l'égard des commanditaires³³⁶. En revanche, aucun assouplissement n'est logiquement permis au profit des tiers étrangers, à l'instar du principe posé pour la société civile.

95. La société civile : trois qualités différentes du cessionnaire influençant la source de l'agrément au sens de l'article 1861 du Code civil. Les deux premiers alinéas de cet article

³³⁰ V. *supra* n° 22.

³³¹ Pour les modalités de vote, v. *infra* n° 365 et s.

³³² La question se pose de savoir si l'impérativité attachée à ce vote unanime ne vaut qu'en présence d'une cession en vertu de l'interprétation stricte des textes en la matière (v. *infra* n° 317).

³³³ Pour les questionnements relatifs à son application aux associés, v. *supra* n° 105.

³³⁴ C. com., art. L. 221-13 : « Les parts sociales [...] ne peuvent être cédées qu'avec le consentement de tous les associés ». À ce propos, v. *supra* n° 93. *Comp. infra* n° 112.

³³⁵ Toutefois, il sera observé que, contrairement à la SNC, il n'existe pas de texte organisant spécialement le régime de l'agrément en cas de transmission pour cette structure (v. *infra* n° 113).

³³⁶ V. *infra* n° 106.

mentionnent trois sources possibles de l'agrément, lesquelles dépendent de trois qualités potentielles du cessionnaire.

- En premier lieu, l'alinéa premier pose le principe de l'agrément des cessions à l'unanimité des associés, sans toutefois distinguer la qualité du cessionnaire. De la suite du texte, il est possible de déduire que les cessions de parts sociales faites aux tiers doivent obligatoirement être agréées, sans qu'aucune dérogation statutaire ne soit possible³³⁷. Claire en apparence, la rédaction de cet article est pourtant l'objet de critiques récurrentes. Outre le fait qu'il semble réduire le champ d'application de l'agrément par l'emploi du verbe « céder »³³⁸, il pose un faux principe puisque celui-ci est immédiatement remis en cause par un second principe, en partie contraire, selon lequel les cessions consenties à certains tiers, en l'occurrence, les ascendants ou les descendants du cédant, ne sont pas soumises à l'agrément de la société³³⁹.

- En second lieu, à l'égard de ces personnes, l'alinéa 2 de l'article 1861 du Code civil pose le principe selon lequel les cessions sont libres, mais les statuts peuvent les soumettre à l'agrément de la société³⁴⁰. Cette possibilité est surprenante dans le cadre des sociétés de personnes pour lesquelles la source de l'agrément est en principe légale, et non conventionnelle. À mi-chemin entre l'agrément statutaire et l'agrément impératif, se constate un troisième type.

- En troisième et dernier lieu, la loi pose le principe de la soumission à l'agrément de la cession faite au profit du conjoint d'un associé, avec la possibilité, toutefois, de l'en dispenser par une mention statutaire. Cet agrément légal, mais supplétif de volonté, semble davantage protecteur des intérêts de la société que ne l'est l'agrément statutaire. Car, si les statuts n'anticipent pas cette situation, il sera difficile de s'opposer postérieurement à l'entrée, tout à fait licite, des descendants ou des ascendants. Plus généralement, les cessions dispensées d'agrément par la loi apparaissent

³³⁷ C. civ., art. 1861, al. 1. Pour les modalités de vote, v. *infra* n° 367 et s.

³³⁸ V. *supra* n° 93 (la remarque faite à propos de la rédaction de l'article L. 221-13 du Code de commerce est également valable).

Néanmoins, comme pour la SNC, la loi organise un régime spécial de l'agrément en cas de transmission successorale (v. *infra* n° 115).

³³⁹ C. civ., art. 1861, al. 2.

En ce sens, v. notamment : DEREU (Y.), note sous CA Paris, 14^{ème} ch. sect. B, 17 janvier 2003, SCI Val Thorens c/ Marvaldi, *Bull. Joly Sociétés* 2003, p. 479. Cet auteur s'interroge : « Pourquoi n'avoir pas distingué, par exemple dans deux articles séparés, comme [le législateur] l'a fait pour la SARL, l'hypothèse des cessions dans les rapports familiaux (avec le principe de liberté et sa dérogation) et celle des cessions en dehors du cadre de la famille (nécessité d'un agrément unanime des associés, sauf dérogations) ? Une modification législative serait évidemment souhaitable. Mais en attendant celle-ci ou à défaut de celle-ci, les rédacteurs de sociétés civiles doivent faire, de cette grande liberté qui existe en matière de cessions de parts dans ce type de groupement, un usage particulièrement éclairé ».

Pour les interrogations sur la notion de « proches d'un associé », v. *infra* n° 237 et s.

³⁴⁰ C. civ., art. 1861, al. 2. Pour une illustration de la validité d'une cession sans agrément faite par un associé à ses grands-parents, v. CA Paris, 6 novembre 1992, *D.* 1993, IR p. 48. Pour les modalités de vote, v. *infra* n° 367 et s.

comme exceptionnelles dans le cadre des sociétés de personnes³⁴¹, sauf à l'égard de la SARL pour laquelle sa source est majoritairement statutaire, et exceptionnellement légale.

96. La société à responsabilité limitée : un agrément impératif des tiers et un agrément conventionnel des proches de l'associé posés aux articles L. 223-13, et L. 223-14 du Code de commerce. Ces dispositions sont moins critiquées que celles de la société civile en raison de la mention dans deux textes différents des règles propres aux tiers étrangers, et celles applicables aux proches d'un associé³⁴².

- Au sujet des premiers, l'article L. 223-14, alinéa 1^{er} dispose que : « [...] les parts sociales ne peuvent être cédées à des tiers étrangers à la société qu'avec le consentement de la majorité des associés »³⁴³. De la sorte, l'agrément des tiers est impératif et ne saurait être supprimé par une clause statutaire car, le cas échéant, les parts sociales seraient assimilables à des titres négociables. Cette impossibilité confère un caractère fermé à la SARL, nonobstant sa ressemblance prononcée avec les sociétés par actions³⁴⁴. En effet, hormis cette hypothèse, la source de l'agrément est toujours statutaire³⁴⁵. Ainsi, cette constatation la rapproche davantage de cette catégorie de sociétés que de la société civile pour laquelle l'agrément peut être légal et supplétif de volonté, voire, plus exceptionnellement, conventionnel³⁴⁶.

- Au contraire, l'article L. 223-13, alinéa 2 du Code de commerce pose le principe de la libre cessibilité des parts sociales envers les proches de l'associé : le conjoint, ses ascendants et ses descendants³⁴⁷. La raison d'être de cette liberté provient du souci éprouvé par le législateur, en 1966, de donner satisfaction aux besoins nés respectivement du caractère familial et personnel de la société. Auparavant, une clause assez répandue autorisait la cession de parts, à l'avance, faite aux descendants d'un associé afin de permettre des combinaisons familiales, tout en évitant la transmission par décès. Mais la validité de cette clause était douteuse vis-à-vis des autres associés car les descendants leur étaient souvent inconnus. C'est pourquoi le législateur a autorisé la libre cession aux proches³⁴⁸, tout en laissant aux associés la possibilité d'insérer une clause d'agrément. Pour autant, cette démarche consistant à faire d'une pratique un principe est-elle légitime ?

³⁴¹ C. civ., art. 1861, al. 2. V. également cette possibilité pour les cessions faites entre associés d'une société civile, *infra* n° 107, et à l'égard des commanditaires d'une société en commandite, *infra* n° 106.

³⁴² Pour plus de précisions concernant ces deux catégories de tiers, v. *infra* n° 236.

³⁴³ Pour les modalités de vote, v. *infra* n° 368, et la sanction, v. *infra* n° 609 et s.

³⁴⁴ V. en ce sens : HAMIAUT (M.), *La réforme des sociétés commerciales*, vol. 1, Dalloz, 1966, p. 58, citant Monsieur Molle, rapporteur au Sénat : « Le Sénat s'est inspiré assez largement, dans cet article 44 nouveau, de l'article 274 qui concerne l'agrément dans une société anonyme de la cession d'actions ».

Adde, par exemple, LAGARDE (P.-Y.), « Faut-il transformer les SARL en SAS ? », *Revue fiscale du patrimoine* 2013, p. 17.

³⁴⁵ V. *infra* n° 108 et n° 116.

³⁴⁶ V. *supra* n° 115.

³⁴⁷ Pour les modalités spéciales de vote, v. *infra* n° 388.

³⁴⁸ À propos des interrogations relatives à la notion de proches, v. *infra* n° 237 et s.

Supposer l'*intuitu personae* des proches de l'associé revient à prendre parti pour quelle devrait être sa définition, et donc, porter atteinte à la liberté contractuelle des associés. Cette critique peut être généralisée à l'ensemble des sociétés, pour lesquelles il a été observé une influence de la qualité du cessionnaire sur la source de l'agrément, dans le sens d'une ouverture de la société à leur profit.

97. Observations conclusives du a. Un principe et des exceptions applicables à la cession de parts sociales au profit de tiers. Il résulte des précédentes analyses que la qualité du tiers influe différemment sur la source de l'agrément. La loi peut soit l'imposer, soit le rendre facultatif, soit ne pas le prévoir et, le cas échéant, accorder la possibilité à la société de stipuler une clause d'agrément en supposant, de la sorte, l'*intuitu personae* de certains proches. Cela signifie, *a contrario*, que les sociétés pour lesquelles la loi ne distingue pas selon la qualité du tiers cessionnaire, conjoint, descendants ou ascendants, sont tenues de soumettre à l'agrément la cession faite au profit de tous les tiers, sans distinction.

Il s'en déduit plus généralement que la cession faite aux tiers étrangers est soumise à un agrément impératif, tandis que celle faite au profit d'un tiers ayant un lien avec l'associé tel que mentionné dans les textes (conjoint, descendant, ascendant) peut en être dispensée, par l'effet de la loi (agrément statutaire) ou par l'effet des statuts (agrément légal supplétif).

Une première critique, générale, tient ainsi dans la complexité de cet ensemble légal. Mais une seconde critique, plus technique, peut aussi lui être adressée : plutôt que d'être fixée au cas par cas par la loi, la source de l'agrément ne devrait-elle pas dépendre du fait que l'*intuitu personae* est subjectif et contractuel³⁴⁹ ? Les sociétés dont les droits sociaux sont des parts sociales ne devraient-elles pas, par nature, être fermées aux tiers, quelle que soit leur qualité, avec la possibilité, le cas échéant, de dispenser ponctuellement certaines cessions de l'agrément ? Une remarque similaire peut-elle être formulée à l'encontre de la législation des sociétés par actions, lesquelles devraient, par nature, être ouvertes aux tiers ?

b. Un principe et quelques interdictions dans les sociétés par actions.

Le droit des sociétés par actions est *a priori* plus permissif que celui des sociétés de personnes et de la SARL. Toutefois, le pointillisme législatif actuel oblige à vérifier les textes de chacune de ces sociétés.

98. Le droit commun des sociétés par actions : un agrément statutaire et des interdictions ponctuelles posées par l'article L. 228-23, alinéa 1^{er} du Code de commerce.

³⁴⁹ Pour plus de développements à ce propos, v. *infra* n° 140.

Applicable à l'ensemble des sociétés par actions, sauf dispositions spéciales contraires, cet article vise à la fois les cessions projetées au profit de tiers étrangers à la société, et celles faites au profit de proches d'un actionnaire³⁵⁰. Ces deux opérations juridiques nécessitent d'être successivement analysées.

- À propos des cessions faites aux tiers étrangers, cet article dispose que : « [...] la cession de titres de capital ou de valeurs mobilières donnant accès au capital, à quelque titre que ce soit, peut être soumise à l'agrément de la société par une clause des statuts ». La cession est donc en principe libre, sous réserve de la possibilité d'insérer une clause d'agrément, laquelle aura pour effet de fermer la société. Cette possibilité est tout à fait justifiée car conforme à la liberté contractuelle et à la nature de ces titres. En revanche, le sort réservé par la loi aux cessions faites à des proches l'est un peu moins.

- Ce même texte ajoute qu'en cas « de cession, soit à un conjoint, soit à un ascendant ou à un descendant »³⁵¹, la clause d'agrément est écartée. Il existe toutefois une exception à ce principe lorsque les statuts réservent des actions aux salariés de la société : la clause retrouve alors son efficacité³⁵². Le rappel de la genèse de cette disposition permet d'en comprendre la raison d'être.

En 1966, le projet gouvernemental n'excluait pas la possibilité d'insérer une clause d'agrément pour les hypothèses susmentionnées. L'éventualité de sa présence se justifiait par le fait, qu'à côté des grandes sociétés dans lesquelles *l'intuitu personae* avait complètement disparu, il existait de nombreuses sociétés constituées d'un très petit nombre de personnes. Or, pour des raisons de commodité, ces groupements adoptaient le statut de la société anonyme, notamment parce que les droits sociaux représentés par des actions étaient préférés aux parts sociales, pour le régime social du dirigeant majoritaire, ou parce que le caractère collégial de l'organe de gestion de la SA permettait plus aisément de faire place aux diverses branches d'une famille³⁵³. La possibilité de soumettre les cessions familiales à un agrément fut néanmoins supprimée par le Parlement, au motif que le souci d'éviter toute contestation à propos des règlements familiaux devait prévaloir³⁵⁴.

Aujourd'hui, cette interdiction est toujours valable, alors même que celle inhérente aux cessions entre actionnaires a été levée par l'ordonnance du 24 juin 2004³⁵⁵. Sa persistance a suscité

³⁵⁰ Pour les modalités de vote, v. *infra* n° 371 et s.

³⁵¹ Cet article mentionne également l'hypothèse de la transmission par succession et de la liquidation du régime matrimonial, mais leur étude est réservée pour le paragraphe consacré à ce sujet (v. *infra* n° 244 et s.).

³⁵² C. com., art. L. 228-23, al. 3.

³⁵³ *JOAN CR*, 11 juin 1965, p. 2018.

³⁵⁴ *JO Sénat CR*, 27 avril 1966, p. 348.

³⁵⁵ V. *infra* n° 110.

l'incompréhension de certains auteurs³⁵⁶, l'un d'entre eux se demandant même : « Quelle malédiction frappe ainsi la société anonyme tenue d'accueillir pêle-mêle en son sein héritiers, conjoint, ascendants et descendants sans pouvoir écarter les incompetents comme les malfaisants ? »³⁵⁷

Or, du fait de la subjectivité de la définition donnée par les associés à leur *intuitu personae*, il est difficile de comprendre pourquoi un descendant, un ascendant, ou le conjoint de l'un d'eux serait supposé présenter des qualités conformes à cette définition, en raison de leur seul lien familial ou matrimonial ? Afin de le vérifier, un contrôle de leurs qualités pour devenir actionnaire par un agrément serait pourtant tout à fait approprié. Comme il a été précédemment observé à propos de la SARL³⁵⁸, le principe posé par le législateur est critiquable en ce qu'il est déduit d'une pratique qui ne se rattache pas à un fondement juridique et qui, *in fine*, porte atteinte à la liberté des actionnaires de définir l'*intuitu personae* dominant leur relation. L'ensemble de ces remarques vaut, également, pour la société en commandite par actions, lorsque la participation des commanditaires est l'objet de la cession.

99. La société en commandite par actions : le renvoi de l'article L. 226-1, alinéa 2 du Code de commerce aux règles concernant les sociétés en commandite simple et les sociétés par actions. Les dispositions relatives à ces deux formes sociales doivent être combinées selon que la cession faite à un tiers a pour objet les droits sociaux d'associés commandités ou commanditaires. Dans ce dernier cas, l'agrément sera toujours d'origine statutaire, le principe de la libre négociabilité s'appliquant aussi aux commandites par actions, avec toutefois les mêmes limites afférentes au champ d'application des clauses d'agrément que celles observées dans le droit commun des actions³⁵⁹. En revanche, de telles limites n'existent pas à l'article L. 227-14 du Code de commerce, lequel a trait à la SAS.

100. La société par actions simplifiée : l'absence de mention de la qualité du cessionnaire à l'article L. 227-14 du Code de commerce. La source de l'agrément est toujours statutaire en présence d'une SAS, société qualifiée de « personnalisée »³⁶⁰ en raison de l'importance accordée à la personnalité des associés. À cet égard, l'article L. 227-14 du Code de commerce confère une grande liberté aux statuts pour aménager le domaine de l'agrément en ne mentionnant aucune discrimination selon la qualité du cessionnaire, bien que la mention du mot « cession » puisse faire douter de l'étendue du champ d'application de ces clauses³⁶¹.

³⁵⁶ DONDERO (B.), « Les clauses d'agrément dans les sociétés par actions après la réforme », *LPA* 2005, n° 189, p. 44.

³⁵⁷ SAINTOURENS (B.), « Le nouveau droit des clauses d'agrément », *Rev. sociétés* 2004, p. 611, *spéc.* n° 10.

³⁵⁸ V. *supra* n° 96.

³⁵⁹ C. com., art. L. 226-1, al. 2.

³⁶⁰ GUYON (Y.), *Droit des affaires, Droit commercial général et Sociétés*, t. 1, Economica, 12^{ème} éd., 2003, p. 689, n° 635.

³⁶¹ L'article L. 227-14 du Code de commerce dispose que : « Les statuts peuvent soumettre toute cession d'actions à l'agrément préalable de la société ».

En dépit de cette remarque, il pourrait être stipulé qu'une cession d'actions ne serait possible qu'au profit d'une personne présentant telle qualité particulière comme, par exemple, celle de salarié ou de dirigeant de la société³⁶², ou même, qu'elle serait interdite à destination d'une personne ayant une activité concurrente. Une liberté similaire existe pour la société européenne.

101. La société européenne : l'absence de mention de la qualité du cessionnaire à l'article L. 229-11 du Code de commerce. Cet article dispose que : « Les statuts d'une société européenne qui n'entend pas offrir au public ses actions peuvent soumettre tout transfert d'actions à des restrictions à la libre négociabilité [...] ». Le principe est identique à celui exprimé pour la SAS. Cependant, contrairement à l'article L. 227-14, susvisé, l'emploi du mot « transfert » confère certainement un domaine plus large à l'agrément que le mot « cession »³⁶³. De la sorte, il existe des incohérences au sein de la source de l'agrément pour un même type de droits sociaux.

102. Observations conclusives du b. Un principe et des interdictions ponctuelles de l'agrément en présence d'un projet de cession d'actions à un tiers. Conformément au principe de la libre circulation des actions³⁶⁴, aucun texte n'impose de soumettre leur cession à l'agrément de la société. Ce dernier a donc une source statutaire par principe, sauf lorsque le droit commun l'interdit. L'opportunité de cette interdiction est toutefois douteuse au regard de son immixtion dans la liberté contractuelle des actionnaires de définir l'*intuitu personae* de leurs rapports ; cette caractéristique étant par nature subjective³⁶⁵. En outre, la question se pose de savoir si l'application de cette interdiction l'emporte sur les dispositions propres à chaque société, lesquelles sont plus libérales³⁶⁶. En comparaison, la législation relative aux sociétés réglementées est sur ce point davantage cohérente.

c. Un principe dominant les sociétés réglementées.

103. Une source majoritairement légale et impérative, sans distinction selon la qualité du cessionnaire. Dans ces sociétés où les associés exercent leur profession, la source de l'agrément est légale, y compris à l'égard des sociétés par actions, sans possibilité pour les statuts

³⁶² CA Poitiers, 12 novembre 2002, *Dr. sociétés* 2003, comm. 107, note (H.) HOVASSE.

³⁶³ V. notamment le débat relatif à l'interprétation du mot cession en cas d'opérations de restructuration, v. *supra* n° 201 et s. Pour les modalités de vote, v. *infra* n° 198.

³⁶⁴ Pour la discussion relative à la compatibilité de la stipulation d'une clause d'agrément et de la libre négociabilité des actions, v. *supra* n° 34 et s.

³⁶⁵ V. *supra* n° 14 et s.

³⁶⁶ Pour la réponse à cette question, v. *infra* n° 129.

d'y déroger³⁶⁷. Pourquoi une telle uniformité à leur égard ? La réponse est simple : parce qu'il est tenu compte du fait qu'elles sont, par nature, marquées par la considération de la personne des associés et plus spécialement de leur qualité professionnelle, que la société ait la structure d'une société de personnes ou d'une société par actions.

En outre, la plupart de leurs dispositions visent rarement la qualité du demandeur de l'agrément ou son fait générateur. Des formules générales sont plutôt utilisées telles que : « L'adhésion d'un nouvel associé est subordonnée à l'agrément préalable [...] »³⁶⁸, ou « L'admission de

³⁶⁷ À propos des sociétés anonymes d'habitation à loyer modéré, l'annexe à l'article R. 422-1 du Code de la construction et de l'habitation propose le modèle de rédaction de clause d'agrément suivant : « Le transfert d'actions à un tiers non actionnaire de la société, à quelque titre que ce soit, doit être autorisé par le conseil d'administration ou de surveillance ».

À propos des laboratoires d'analyses de biologie médicale exploités sous la forme d'une SARL ou d'une SA, l'article L. 6212-4, 4° du Code de la santé publique dispose que : « L'adhésion d'un nouvel associé est subordonnée à l'agrément préalable de l'assemblée générale statuant à la majorité des deux tiers ».

À propos des sociétés de presse par actions, l'article 4 de la loi n° 86-897 du 1^{er} août 1986 portant réforme du régime juridique de la presse dispose que : « Toute cession est soumise à l'agrément du conseil d'administration ou du conseil de surveillance ».

À propos des sociétés d'architecture, quelle que soit la forme sociale adoptée par la société d'architecture, l'article 13, 4° de la loi n° 77-2 du 3 janvier 1977 dispose que : « L'adhésion d'un nouvel associé est subordonnée à l'agrément préalable de l'assemblée générale statuant à la majorité des deux tiers ».

À propos des sociétés de commissaires aux comptes, quelle que soit la forme de la société de commissaires aux comptes, l'article 822-9, alinéa 6 du Code de commerce dispose que : « L'admission de tout nouvel actionnaire ou associé est subordonnée à un agrément préalable qui, dans les conditions prévues par les statuts peut être donné soit par l'assemblée des actionnaires ou des porteurs de parts, soit par le conseil d'administration ou le conseil de surveillance ou les gérants selon le cas ».

À propos des sociétés de géomètres-experts, l'article 6-2, 3° de la loi n° 46-942 du 7 mai 1946, dispose que : « L'adhésion d'un nouvel associé est subordonnée à l'agrément préalable de l'assemblée générale statuant à la majorité des deux tiers ».

À propos des sociétés d'exercice libéral, l'article 10 de la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990 précise les règles applicables aux différentes formes que peuvent revêtir les sociétés d'exercice libéral : « Pour l'application des articles L. 223-14 et L. 228-24 du Code de commerce et par exception à l'article 1843-4 du Code civil, les statuts peuvent, à l'unanimité des associés, fixer les principes et les modalités applicables à la détermination de la valeur des parts sociales.

Sauf dispositions contraires du décret particulier à chaque profession, la valeur des parts sociales prend en considération une valeur représentative de la clientèle civile. Toutefois, à l'unanimité des associés, les statuts peuvent exclure cette valeur représentative de la clientèle civile de la valorisation des parts sociales.

Pour l'application des dispositions de l'article L. 223-14 du Code de commerce, l'exigence d'une majorité des trois quarts des porteurs de parts exerçant la profession au sein de la société est substituée à celle d'une majorité des associés représentant au moins les trois quarts des parts sociales.

Nonobstant toute disposition contraire législative ou statutaire, les cessions d'actions de sociétés d'exercice libéral à forme anonyme sont soumises à un agrément préalable donné, dans les conditions prévues par les statuts, soit par les deux tiers des actionnaires exerçant leur profession au sein de la société, soit par les deux tiers des membres du conseil de surveillance ou du conseil d'administration exerçant leur profession dans la société. Dans les sociétés d'exercice libéral en commandite par actions, l'agrément de nouveaux actionnaires est donné par les associés commandités à la majorité des deux tiers.

Dans les sociétés d'exercice libéral par actions simplifiée, l'agrément de nouveaux associés est donné par les associés exerçant leur activité au sein de la société à la majorité des deux tiers. Pour l'application des clauses statutaires conformes aux articles L. 227-16 et L. 227-17 du Code de commerce, il est fait application de cette même règle de majorité.

En ce qui concerne les officiers publics ou ministériels, un décret en Conseil d'État, particulier à chaque profession, détermine les conditions dans lesquelles doit être agréée par l'autorité administrative la nomination du cessionnaire des parts sociales ou des actions en vue de l'exercice de son activité au sein de la société et les conditions du retrait du cédant en cas de cessation de toute activité, ainsi que de l'agrément de cette même autorité à tous transferts de parts sociales ou d'actions ».

³⁶⁸ C. S. P., art. L. 6212-4, 4° ; L. n° 46-942 du 7 mai 1946, art. 6-2, 3 ; L. n° 77-2 du 3 janvier 1977, art. 13, 4°.

Comp. néanmoins à propos des sociétés de presse par actions, l'article 4 de la loi n° 86-897 du 1^{er} août 1986 portant réforme du régime juridique de la presse dispose que : « Toute cession est soumise à l'agrément du conseil d'administration ou du conseil de surveillance ». Cette disposition a fait l'objet d'un contentieux à propos du champ d'application du mot cession : Cass. com., 13 décembre 1994, Bujon c/ Etarci, *Bull. civ.* 1994, IV, n° 384, p. 317 ; *Bull. Joly Sociétés* 1995, p. 152, note (P.) LE CANNU ; *Rev. sociétés* 1995, p. 298, note (D.) RANDOUX ; *JCP E* 1995, II, 705, note (Y.) PACLOT ; refusant l'assimilation d'une fusion à une cession. Pour une analyse de cet arrêt, v. *infra* n° 199.

tout nouvel actionnaire ou associé est subordonnée à un agrément préalable [...] »³⁶⁹. Parfois, seul le mot « tiers » est indiqué³⁷⁰. En vertu de l'adage « *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* », cette absence de précision se comprend largement comme désignant l'ensemble des tiers, qu'ils soient proches d'un associé ou étrangers à la société³⁷¹. De la sorte, ces formulations pourraient inspirer une correction des dispositions de droit commun pour lesquelles l'absence de principe directeur n'en favorise pas la compréhension³⁷².

Un reproche peut toutefois être adressé à ces dispositions spéciales : elles n'encadrent qu'un seul type de cession, celles faites au profit de tiers. Or celles faites au profit des associés sont aussi susceptibles de bouleverser l'*intuitu personae* initial par une modification de l'équilibre des forces au sein du capital social. Une formulation suffisamment large pour inclure à la fois les tiers et les associés dans le champ d'application de l'agrément serait dès lors souhaitable.

2. La modification de la répartition du capital social : la cession à un associé.

104. Plan. La cession faite au profit d'un associé peut avoir des conséquences aussi importantes que l'entrée d'un tiers dans la société puisqu'elle peut, notamment, modifier les rapports de pouvoir en son sein. La personnalité d'un associé est en effet susceptible d'évoluer, que ce soit sous l'influence de son entourage, ou du changement de son contrôle, s'il est une personne morale. Comment le droit des sociétés traite-t-il cette éventualité ? Il s'avère que des principes variables sont posés dans les sociétés de personnes et la SARL (a), tandis qu'un principe domine les sociétés par actions (b), au contraire des sociétés réglementées pour lesquelles il n'en existe pas (c).

a. Des principes variables dans les sociétés de personnes et la SARL.

La démarche choisie par le législateur pour encadrer l'agrément oblige à vérifier les dispositions de chacune de ces sociétés.

105. La société en nom collectif : un agrément légal impératif posé à l'article L. 221-13 du Code de commerce. Cet article ne distinguant pas quant à la personne du cessionnaire, la

³⁶⁹ C. com., art. 822-9, al. 6.

³⁷⁰ V. par exemple pour la SCP, L. n° 66-879 du 29 novembre 1966, modifiée par L. n° 90-1258 du 31 décembre 1990, art. 19 : « [...] les parts sociales peuvent être transmises ou cédées à des tiers avec le consentement des associés ».

³⁷¹ V. *infra* n° 236.

³⁷² Pour la proposition faite sur ce point, v. *infra* n° 270 et s.

règle de l'agrément unanime s'applique dès lors autant aux tiers qu'aux personnes déjà associés³⁷³. Cette absence de distinction se justifie en raison du fort *intuitu personae* de la société. En effet, la cession de parts sociales modifie le contrat constitutif ainsi que le rapport des forces en présence, ce qui ne peut être autorisé qu'à l'unanimité des associés. Un esprit similaire irrigue l'article L. 222-8 du Code de commerce, bien que le texte autorise un assouplissement des modalités de vote de l'agrément en cas de cession des parts des associés commanditaires.

106. La société en commandite simple : un agrément légal impératif ou supplétif en fonction de la qualité de l'associé posé à l'article L. 222-8, II du Code de commerce. Cet article distingue la source de l'agrément selon que l'associé a la qualité de commandité ou de commanditaire. S'agissant des parts sociales des commandités, la loi impose l'application de l'agrément de tous les associés, y compris commanditaires³⁷⁴. La solution est identique à la règle déduite pour la SNC.

En revanche, en cas de cession de parts de commanditaires, les statuts peuvent prévoir leur libre cessibilité entre associés. Cette souplesse peut se comprendre : les commanditaires ont une responsabilité limitée, l'*intuitu personae* est moins fort s'agissant de l'appréciation de leur solvabilité. Il se peut qu'ils estiment inutile de réitérer leur agrément initial. Ainsi, leur statut se rapproche davantage de celui des associés d'une société civile que de celui des associés en nom.

107. La société civile : un agrément légal supplétif posé à l'article 1861, alinéa 2 du Code civil. L'agrément légal est supplétif de volonté : les associés peuvent décider par une clause statutaire de librement céder entre eux leurs parts sociales³⁷⁵. Cette solution est raisonnable car la responsabilité des associés est indéfinie et conjointe. Il leur appartient de décider s'ils estiment nécessaire de vérifier à nouveau les conditions de leur *intuitu personae*. La solution posée à l'égard des parts de SARL est beaucoup plus libérale.

108. La société à responsabilité limitée : un agrément statutaire posé à l'article L. 223-16, alinéa 1^{er} du Code de commerce. Cet article dispose que : « Les parts sont librement cessibles entre les associés ». Toutefois, l'alinéa second autorise la stipulation d'une clause d'agrément. Cette autorisation est une consécration de la pratique qui insérait fréquemment dans les statuts une clause d'agrément ou de préemption des parts dont la cession était projetée, et cela, afin de

³⁷³ Cette interprétation ressort également des débats parlementaires relatifs à la réforme des sociétés commerciales. Le projet gouvernemental proposait le texte suivant : « les parts sociales ne peuvent être cédées à des tiers, qu'avec le consentement de tous les associés ». Or, l'Assemblée nationale puis le Sénat votèrent un texte expurgé des mots « à des tiers » (v. notamment JOAN CR, 11 juin 1965, p. 2053). Cette rédaction est conforme à l'opinion doctrinale majoritaire de l'époque (v. par exemple, RIPERT (G.), ROBLOT (R.), *Traité élémentaire de droit commercial, Les sociétés commerciales, Commentaire de la loi du 24 juillet 1966*, t. 1, L.G.D.J., 1968, p. 415, n° 770). *Contra* CORDONNIER (P.), « De la cessibilité entre associés des parts d'intérêt d'une société en nom collectif », *Journ. Sociétés* 1946, p. 5.

³⁷⁴ Pour les modalités de vote de l'agrément, v. *infra* n° 366.

³⁷⁵ Pour une illustration, v. Cass. 1^{ère} civ., 15 décembre 1965, *Bull. civ.* 1965, I, n° 717. La libre cession de parts sociales entre associés est valable lorsqu'elle est prévue par le pacte social. Pour les modalités de vote, v. *infra* n° 367.

contrôler la répartition du capital social. Naguère, le législateur de 1925 n'avait pas jugé utile de soumettre une telle cession à l'agrément des autres associés, car elle ne modifiait pas la composition initiale de la société³⁷⁶. Or ce point de vue est critiquable car la SARL demeure une société de personnes, pour laquelle la personnalité des associés influence le fonctionnement.

109. Observations conclusives du a. La source de l'agrément lors d'une cession de parts entre associés. Dans les sociétés de personnes, la loi gradue la force de l'*intuitu personae* en modulant la source de l'agrément. Son impérativité traduit ainsi son extrême importance dans les sociétés où l'engagement des associés est solidaire, tandis que sa supplétivité dans la société civile marque son importance certaine, sans pour autant être indispensable. Au contraire, une source statutaire laisse supposer un *intuitu personae* acquis entre les associés, se rapprochant ainsi davantage des sociétés par actions.

b. Un principe dominant les sociétés par actions.

Le droit des sociétés par actions n'encadre pas l'hypothèse d'un projet de cession au profit d'un actionnaire. Il convient d'en déduire que le principe d'un agrément statutaire est applicable, tant au regard de la législation de chaque société que de leur droit commun. Cette possibilité n'existe que depuis une modification récente de celui-ci.

110. Le droit commun des sociétés par actions : l'autorisation implicite de la clause d'agrément par l'article L. 228-23, alinéa 1^{er} du Code de commerce. Aux termes de cet article, les cessions entre actionnaires sont en principe libres, mais une clause d'agrément peut être insérée à effet de les contrôler. Cette possibilité résulte d'une modification de ce texte réalisée par l'ordonnance du 24 juin 2004, laquelle a supprimé la mention « cession d'actions à un tiers ». Cette suppression a eu pour effet d'élargir le champ d'application de l'agrément, et de permettre aux sociétés anonymes non cotées de préserver l'équilibre des pouvoirs au sein de leurs assemblées³⁷⁷. De plus, celle-ci réalise un changement important car, naguère, les clauses d'agrément ne s'appliquaient qu'en cas de cession à des « tiers »³⁷⁸.

En effet, la possibilité de soumettre à l'agrément les cessions entre actionnaires avait fait l'objet de vives discussions lors des débats parlementaires. Selon le sénateur Dailly, alors

³⁷⁶ Pour les modalités de vote, v. *infra* n° 368-3.

³⁷⁷ Cette suppression a été faite sous l'impulsion du rapport commun de l'ANSA et de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris (en ligne sur www.ccip.fr, p. 25). Un projet de loi n° 2510 déposé le 12 juillet 1976 proposait déjà de supprimer cette interdiction.

³⁷⁸ L. n° 66-537 du 24 juillet 1966, art. 274.

rapporteur, cette interdiction était justifiée par le fait que le contrôle des actionnaires est réalisé en amont au moment de l'achat de l'action³⁷⁹. En dépit de la mise en garde du Gouvernement sur les risques d'engendrer des déséquilibres internes dans les petites et moyennes sociétés³⁸⁰, cette proposition fut adoptée. Or, en pratique, les craintes du Gouvernement se confirmèrent. Outre de vives interrogations de la doctrine³⁸¹, l'application de l'ancien article 274 de la loi du 24 juillet 1966, devenu aujourd'hui l'article L. 228-23 du Code de commerce, suscita un important contentieux.

Par un arrêt du 10 mars 1976, la Chambre commerciale de la Cour de cassation interpréta le mot « tiers » comme désignant exclusivement les personnes étrangères à la société³⁸². En accord avec la lettre de la loi de 1966, elle opéra un revirement par rapport à la jurisprudence antérieure qui admettait l'application d'une clause d'agrément entre actionnaires³⁸³. Pourtant conforme à l'esprit du texte et à l'étymologie du mot « tiers », cette solution fut vivement critiquée pour les risques de prise de contrôle rampante qu'elle induisait³⁸⁴.

Ainsi, la modification apportée au texte par l'ordonnance de 2004 fut accueillie favorablement par la pratique et la doctrine. Dorénavant en mesure de rivaliser avec les SARL pour organiser le contrôle de leur capital social, la doctrine a pu dire que les sociétés par actions, et spécialement la société anonyme³⁸⁵, offraient un nouveau visage, celui d'une société fermée, à l'*intuitu personae* plus fort et offrant une plus grande liberté statutaire³⁸⁶. Cette conclusion ne choque pas au demeurant. Le contrat de société a toujours repris son emprise lorsque la loi a essayé de supprimer l'influence

³⁷⁹ Il précisait que : « Le conseil d'administration doit veiller à ne pas donner son autorisation à un individu indésirable d'acheter une action car une fois qu'il sera actionnaire, il pourra faire des transactions libres avec les autres actionnaires ». Il ajoutait, qu'à partir du moment où il est actionnaire, « il est intéressé au sort de la société, il est de la famille si je puis m'exprimer ainsi, et dès lors il n'y a aucune raison d'entraver sa liberté et que les autres actionnaires ne puissent pas lui céder librement leurs actions s'ils le désirent » (HAMIAUT (M.), *La réforme des sociétés commerciales*, vol. 1, Dalloz, 1966, p. 261).

³⁸⁰ Monsieur Habib-Deloncle, secrétaire d'État, signalait : « Il serait injuste, de faire échapper à la clause d'agrément les cessions d'actions à un autre actionnaire. Le premier alinéa de l'article 274 le dit expressément et cette disposition inquiète tout particulièrement le gouvernement. Outre le fait que dans les petites et moyennes sociétés, notamment, une telle décision pourrait favoriser des bouleversements non souhaités dans la répartition du capital, elle comporterait le risque que la clause restât lettre morte. Si le cessionnaire n'est pas déjà actionnaire, il lui suffira d'acquérir une action pour laquelle l'agrément lui sera donné sans difficulté. Il échappera ainsi, pour toutes les autres actions, à la procédure d'agrément. Il nous paraît qu'il y a là des conséquences assez redoutables pour l'équilibre intérieur de la société » (HAMIAUT (M.), *op. cit.*, p. 260).

³⁸¹ V. notamment : ROBLOT (R.), « L'agrément de nouveaux actionnaires », in *Mélanges en l'honneur de Daniel Bastian*, t. 1, Librairies techniques, 1974, p. 283 ; BARDOUL (J.), « Les clauses d'agrément et les cessions d'actions entre actionnaires », *D.* 1973, chron. p. 137 ; MOURY (J.), « Des clauses restrictives de la libre négociabilité des actions », *RTD com.* 1989, p. 187.

³⁸² Cass. com., 10 mars 1976, n° 74.14-680, *Bull. N.* 95, p. 80, *JCP G* 1976, II, 18406, note (A.) RABUT ; *RTD com.* 1976, p. 533, note (R.) HOUIN ; *D.* 1977, p. 455, note (J.-Cl.) BOUSQUET.

³⁸³ V. notamment : Cass. com., 22 octobre 1956, *Gaz. Pal.* 1956, 2, p. 374 ; *JCP* 1956, II, 9678, note (D.) BASTIAN ; *D.* 1957, p. 177, note (G.) RIPERT.

³⁸⁴ V. GUYON (Y.), *Traité des contrats, Les sociétés. Aménagements statutaires et conventions entre associés*, L.G.D.J., 5^{ème} éd., 2002, p. 87, n° 49.

³⁸⁵ V. pour les doutes sur l'application du droit commun à la SAS : *infra* n° 129.

³⁸⁶ DONDERO (B.), « Les clauses d'agrément dans les sociétés par actions après la réforme », *LPA* 2005, n° 189, p. 44 ; MALECKI (C.), « Le remaniement du régime des clauses d'agrément par l'ordonnance n° 2004 – 604 du 24 juin 2004 », *D.* 2004, p. 2775 ; SAINTOURENS (B.), « Le nouveau droit des clauses d'agrément », *Rev. sociétés* 2004, p. 611.

de la personnalité des actionnaires sur les cessions réalisées en dehors des marchés réglementés³⁸⁷. Un clivage se creuse de la sorte entre les sociétés cotées et les autres, pour lesquelles les sociétés réglementées semblent l'archétype des sociétés marquées d'*intuitu personae*³⁸⁸.

c. L'absence de principe dominant dans les sociétés réglementées.

111. Un agrément statutaire possible. Dans ces sociétés spéciales au fort *intuitu personae*³⁸⁹, souvent, la loi prévoit uniquement l'agrément des tiers³⁹⁰. *A contrario*, il s'en déduit que les cessions réalisées entre les associés en sont libres. Cela signifierait-il que la stipulation à leur égard d'un agrément statutaire soit pour autant interdite ? Dans le silence de la loi, il semble parfaitement possible de stipuler une telle clause, au nom de la liberté contractuelle, et de l'*intuitu personae* présidant le fonctionnement de ces sociétés.

Ce raisonnement semble confirmé par le texte propre à la SCP, lequel laisse la possibilité aux associés de soumettre les cessions réalisées entre eux à un agrément³⁹¹. S'ils font ce choix, alors la loi opère un renvoi aux modalités d'application de l'agrément des tiers. La possibilité de stipuler une clause d'agrément n'existe toutefois que dans ce cadre précis des cessions entre associés. S'agissant des transmissions successorales, l'ensemble des textes de ces sociétés les assimile à des tiers, excluant toute influence sur la source de l'agrément.

B. L'influence de la qualité du successeur.

112. Plan. Le pointillisme de la législation ayant été mis en exergue quant aux cessions, il est nécessaire de reprendre la méthode usitée afin d'étudier l'influence de la qualité du successeur sur

³⁸⁷ Pour une analyse historique, v. *supra* n° 40.

Pour plus de précisions sur le contrat existant entre les associés, v. *supra* n° 157 et s.

³⁸⁸ À propos du clivage entre les sociétés cotées et les autres, v. *infra* n° 178 et s.

³⁸⁹ V. par exemple, pour les sociétés de presse par actions, la loi n° 86-897 du 1^{er} août 1986, art. 4 ; pour les sociétés d'exercice libéral à forme anonyme, la loi n° 90-1258, 31 décembre 1990, art. 10, al. 4.

Comp. lorsque la loi précise que seule l'adhésion d'un nouvel associé est soumise à l'agrément, v. *supra* n° 105 et s.

³⁹⁰ Par exemple, L. n° 46-942 du 7 mai 1976, art. 6-1 (sociétés de géomètres-experts) ; L. n° 90-1258 du 31 décembre 1990, art. 10, al. 5 (SEL en commandite par actions et par actions simplifiée) ; C. de la santé publique, art. L. 6212-4, 4° (les laboratoires d'analyses de biologie médicale exploités sous la forme d'une SARL ou d'une SA) ; L. n° 77-2 du 3 janvier 1977, art. 13, 4° (sociétés d'architecture) ; C. com., art. L. 822-9, al. 6 (sociétés de commissaires aux comptes).

Toutefois, il se peut que certains textes recèlent certaines spécificités comme l'article 4 de la loi du 1^{er} août 1986 relatif aux sociétés de presse par actions, lequel dispose, sans faire aucune distinction, que : « Toute cession est soumise à l'agrément [...] ».

³⁹¹ L. n° 90-1258 du 31 décembre 1990, art. 20 :

« Sauf disposition contraire des statuts, les parts sociales sont librement cessibles entre associés.

Si les statuts contiennent une clause limitant la liberté de cession, les dispositions de l'article 19, alinéas 2 et 3, sont applicables à défaut de stipulations statutaires ».

la source de l'agrément dans les sociétés de personnes (1), les sociétés par actions (2), et les sociétés réglementées (3).

1. Un principe dominant les sociétés de personnes, mais incohérent.

Les textes de chacune de ces sociétés mentionnent-ils cette hypothèse ? Il convient de le vérifier.

113. La société en nom collectif : un agrément statutaire issu de l'article L. 221-15, alinéa 4, *in fine* du Code de commerce. L'alinéa premier de cet article pose le principe de la dissolution de la société en nom collectif si l'un des associés décède. Expression des conséquences rigoureuses de l'*intuitu personae* sur le contrat de société, ce principe peut toutefois être écarté par la stipulation d'une clause de continuation. Peu précis quant à l'articulation de cette clause avec un agrément³⁹², l'application de ce dernier se déduit de la mention selon laquelle : « L'héritier a pareillement droit à cette valeur s'il a été stipulé que, pour devenir associé il devrait être agréé par la société et si cet agrément lui a été refusé ». Cette disposition engendre deux remarques principales.

- D'une part, la nature de la source de l'agrément surprend. En effet, celui-ci résulte exceptionnellement d'une clause alors même qu'il est impérativement requis par la loi en cas de cession. *A contrario*, cela signifie qu'en l'absence d'une telle stipulation, dans l'hypothèse précise d'une succession, l'application de la clause de continuation ne sera en aucun cas automatiquement doublée d'un agrément. Il appartient dès lors aux statuts de veiller à sa prévision si les associés souhaitent contrôler, ultérieurement à la rédaction de la clause de continuation, la qualité des personnes qu'elle vise et pour lesquelles l'agrément est donné *de facto*³⁹³.

- Et, d'autre part, le mot « héritier » semble entendu largement comme synonyme d'« ayant droit », le texte visant à son alinéa 3, l'ensemble des personnes susceptibles de continuer la société à la place du *de cuius*, c'est-à-dire : « [...] soit avec le conjoint survivant, soit avec un ou plusieurs héritiers, soit avec toute autre personne désignée par les statuts ou, si ceux-ci l'autorisent, par dispositions testamentaires »³⁹⁴. Ces remarques sont en partie valables pour les parts de la société en commandite simple.

114. La société en commandite simple : aucune mention de l'hypothèse de la succession d'un associé à l'article L. 222-8 du Code de commerce. Ce texte ne fait aucune

³⁹² Sur cette question, v. *infra* n° 296 et s.

³⁹³ Pour plus de précision sur la combinaison de la clause de continuation et de l'agrément, v. *infra* n° 296 et s.

³⁹⁴ C. com., art. L. 221-15, al. 3.

Pour plus de précisions sur les interrogations suscitées par la définition du terme « héritier », v. *infra* n° 249 et s.

référence à la transmission des parts sociales résultant du décès d'un associé. En l'absence de précision légale, il convient donc de se référer à l'article L. 221-15 du même Code, relatif à la SNC. Toutefois, la soulesse instituée en présence d'une cession voudrait que les statuts puissent prévoir sa transposition à la transmission successorale, spécialement à l'égard des parts des commanditaires³⁹⁵.

L'analyse de la source de l'agrément en présence d'une société civile pose moins de difficultés d'interprétation, car cette structure bénéficie de dispositions spécialement destinées à régler les conséquences du décès d'un associé.

115. La société civile : un agrément statutaire posé à l'article 1870 du Code civil.

Depuis la réforme opérée par la loi du 4 janvier 1978, le décès d'un associé n'est plus une cause de dissolution de la société, sauf stipulation contraire des statuts³⁹⁶. La transmission des parts sociales de l'associé décédé à ses héritiers ou légataires est en principe libre³⁹⁷, mais la loi autorise les statuts à insérer une clause d'agrément visant cette hypothèse. Se pose toutefois la question de savoir si les héritiers et les légataires sont les mêmes personnes que les descendants et les ascendants pour lesquels la loi dispense d'agrément les cessions faites à leur profit. La clause les visant sans distinguer le fait générateur de l'agrément, cession ou succession, serait-elle valable ? La jurisprudence est incertaine, mais il semble toutefois que sa position dominante soit celle d'une interprétation stricte de la lettre des clauses d'agrément³⁹⁸.

Par ailleurs, à l'instar de la SNC, le législateur admet la licéité de la stipulation d'une clause de continuation. Afin d'être efficace, son texte doit mentionner par avance les personnes avec lesquelles la société continuera³⁹⁹. Ces continueurs peuvent être les associés survivants, le conjoint survivant, un ou plusieurs héritiers, ou toute autre personne désignée dans les statuts ou dans les dispositions testamentaires si les statuts l'autorisent⁴⁰⁰. Cette clause a donc un champ d'application plus large que la clause d'agrément, et se cumulera éventuellement avec cette

³⁹⁵ C. com., art. L. 222-8. Cet article dispose que :

« I. - Les parts sociales ne peuvent être cédées qu'avec le consentement de tous les associés. II. - Toutefois, les statuts peuvent stipuler : 1° Que les parts des associés commanditaires sont librement cessibles entre associés ; 2° Que les parts des associés commanditaires peuvent être cédées à des tiers étrangers à la société avec le consentement de tous les commandités et de la majorité en nombre et en capital des commanditaires ; 3° Qu'un associé commandité peut céder une partie de ses parts à un commanditaire ou à un tiers étranger à la société dans les conditions prévues au 2° ci-dessus ».

³⁹⁶ C. civ., art. 1870, al. 2.

³⁹⁷ C. civ., art. 1870, al. 1^{er}.

³⁹⁸ V. en ce sens pour le mot « cession » mentionné dans une clause d'agrément, v. *infra* n° 192.

³⁹⁹ *Comp.* l'interdiction des clauses d'agrément en blanc et à l'avance (v. *infra* n° 406).

⁴⁰⁰ C. civ., art. 1870, al. 2 et al. 3.

dernière si les statuts le prévoient⁴⁰¹. Depuis 2004, une possibilité similaire existe à l'égard de la SARL.

116. La société à responsabilité limitée : un agrément statutaire posé à l'article L. 223-13 du Code de commerce. Les parts sont en principe librement transmissibles par voie de succession⁴⁰², mais les statuts peuvent stipuler que : « [...] le conjoint, un héritier, un ascendant ou un descendant ne peut devenir associé qu'après avoir été agréé dans les conditions prévues à l'article L. 223-14 »⁴⁰³. Cette faculté légale résulte du fait que la majeure partie des SARL conserve un net caractère personnel, c'est-à-dire, qu'elles sont des sociétés où l'*intuitu personae* joue un rôle important dans les relations entre associés contrairement aux sociétés par actions⁴⁰⁴, du moins, en théorie.

117. Observations conclusives du 1. Un principe dominant la source de l'agrément en cas de succession de l'associé d'une société de personnes ou d'une SARL. Il résulte des précédentes analyses qu'aucune de ces sociétés n'a d'agrément d'origine légale visant la succession d'un associé. Or ce constat étonne pour des sociétés supposées marquées d'*intuitu personae* et dont le fonctionnement est fortement imprégné par les règles contractuelles⁴⁰⁵. En outre, la délégation faite par la loi aux statuts fait peser un risque sur la société si le décès des associés n'est pas anticipé. Au contraire, cette faculté n'existe pas, en principe, à l'égard des sociétés par actions, sauf exceptions.

⁴⁰¹ Pour plus de précisions à ce propos, v. *infra* n° 297.

⁴⁰² C. com., art. L. 223-13, al. 1^{er}.

⁴⁰³ C. com., art. L. 223-13, al. 2. Pour plus de précisions sur les règles d'adoption de l'agrément, v. *infra* n° 368-2.

⁴⁰⁴ V. en ce sens les travaux parlementaires de la loi du 24 juillet 1966 synthétisés par : HAMIAUT (M.), *La réforme des sociétés commerciales*, vol. 1, Dalloz, 1966, p. 58, citant la justification de cette exception par Monsieur le Garde des sceaux devant le Parlement : « Vous avez constitué une société avec un associé, homme compétent, capable, solvable, ayant toutes les qualités requises dans la vie commerciale. Or il peut se faire que cet homme soit affligé d'une femme au caractère impossible, bornée, qui empoisonnera l'existence des coassociés de son mari après le décès de ce dernier. Il peut arriver aussi que cet homme compétent, intelligent, adroit, capable et honnête, ait des enfants sans aucune valeur personnelle et qui vont être dans la société des éléments de perturbation. De telle sorte que si le souci de faire valoir des liens successoraux est assurément à prendre en considération, le bon fonctionnement de la société n'est pas non plus à négliger ».

Adde RICHARD (J.), « L'application d'une clause d'agrément des héritiers de l'associé décédé d'une SARL », *Dr. sociétés* avril 1990, p. 1 ; LECOURT (A.), « Le nouveau régime de la transmission des parts sociales de la SARL suite au décès d'un associé », *Dr. sociétés* 2005, p. 7 ; SAINTOURENS (B.), « L'héritier de l'associé », in *Les droits et le Droit, Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Dalloz, 2006, p. 1025. Plus généralement sur l'ordonnance du 25 mars 2004, v. CONSTANTIN (A.), « Commentaires des dispositions de l'ordonnance du 25 mars 2004 relatives au droit des sociétés », *Rev. Lamy Droit des affaires* 2004, n° 73 ; LÉCUYER (H.), « Commentaire de l'ordonnance du 25 mars 2004 dans ses dispositions relatives aux SARL », *LPA* 16 avril 2004, n° 77, p. 4 ; MASSART (Th.), « Aspects sociétaires de l'ordonnance n° 2004-274 du 25 mars 2004 portant simplification du droit et des formalités pour les entreprises », *Bull. Joly Sociétés* 2004, p. 743.

⁴⁰⁵ V. *supra* n° 86.

2. Des principes contradictoires dans les sociétés par actions.

Le droit des sociétés par actions s'articulant autour d'un droit commun et d'un droit propre à chaque société, leur combinaison en matière d'agrément nécessite d'être vérifiée.

118. Le droit commun des sociétés par actions : l'interdiction posée à l'article L. 228-23, alinéa 2 du Code de commerce. Applicable à l'ensemble des sociétés par actions, cet article pose le principe d'une interdiction absolue de soumettre à un agrément les actions transmises par voie de succession⁴⁰⁶, sauf lorsqu'elles sont réservées aux salariés⁴⁰⁷, alors une telle clause peut être insérée à effet de contrôler la personne des héritiers⁴⁰⁸. À l'origine, le projet gouvernemental de 1966 admettait cette possibilité en cas de décès d'un actionnaire d'une société anonyme dite fermée. Selon le Gouvernement, cette mesure se justifiait au regard de l'*intuitu personae* inhérent aux sociétés familiales. De plus, cette caractéristique nécessitait que soit instaurée une disposition analogue à celle de l'ancien article 1868 du Code civil, lequel autorisait les statuts de toutes les sociétés à contenir une clause de continuation en cas de décès d'un associé⁴⁰⁹. Le Parlement ne fut néanmoins pas convaincu par ces arguments. Il rejeta cette faculté pour deux motifs. D'une part, il n'était pas possible de soumettre une dévolution successorale à l'agrément de la société car les héritiers représentent la personne même de l'actionnaire décédé et, d'autre part, en raison de la réalisation d'une « expropriation pour cause d'intérêt privé »⁴¹⁰ par le rachat consécutif au refus d'agrément. Or aucun de ces arguments ne convainc.

- En premier lieu, l'affirmation selon laquelle les héritiers représentent la même personne que leur auteur nie totalement les effets contractuels de l'*intuitu personae*. À l'instar de n'importe quel

⁴⁰⁶ C. com., art. L. 228-23, al. 1^{er}.

⁴⁰⁷ C. com., art. L. 228-23, al. 3.

⁴⁰⁸ V. à propos du cas particulier des héritiers de bénéficiaires de stock-options : Avis de l'Association Nationale des Sociétés par Actions, « Clause d'agrément à l'égard des héritiers bénéficiaires de stock-options », CJ du 5 février 1992, n° 190. Selon le comité juridique, une clause d'agrément peut être opposée à ces héritiers à la double condition ; 1°) qu'il soit indiqué dans les statuts que la société réserve une fraction des actions à ses salariés, notamment au moyen de « stock-options », et 2°) que cette clause ait pour objet d'éviter que les actions, une fois levées, ne soient dévolues à des personnes n'ayant pas la qualité de salariés ; - , « Stock-options – Clause d'agrément opposable aux héritiers des bénéficiaires : cas des groupes », CJ du 3 mars 1993, n° 232.

⁴⁰⁹ Monsieur Jean Foyer, alors Garde des sceaux, défendait ainsi cette mesure : « Dans les cas de ce genre, il n'est pas toujours indifférent à ceux qui constituent la société, et qui sont généralement de très proches parents, de savoir qu'au décès de l'un d'entre eux, la société continuera de préférence avec tel héritier dont les qualités de technicité, de moralité ou de caractère feront un associé désirable, et que les actions du décédé ne seront pas réparties entre les cohéritiers dont certains peuvent être moins compétents [...]. La clause en question n'est rien d'autre que l'application aux sociétés anonymes d'une disposition au moins aussi ancienne que le Code civil. L'article 1868 dispose en effet que si la société se dissout par la mort de l'un des associés – il s'agit bien entendu de sociétés de personnes – les statuts peuvent prévoir néanmoins qu'elle continuera entre les héritiers survivants et l'héritier du prédécédé, sauf à savoir ce que signifie cette clause et l'on connaît la jurisprudence relative aux pactes sur succession future. L'article 1868 est formel : c'est une disposition de ce type qui vous est soumise » (JOAN CR, 11 juin 1965, p. 2018).

⁴¹⁰ Cet intérêt privé étant celui de la société (JOAN CR, *op. cit.*, *loc. cit.*). Le Sénat évoquait de même un risque d'empêcher les donations-partages d'un père de famille à ses enfants : « [...] il n'y a aucune raison, lorsqu'un père de famille veut donner à ses enfants ses actions d'une société, qu'il demande à ladite société un accord qui ne serait pas nécessaire en cas de succession » (JO Sénat CR, 27 avril 1966, p. 348).

autre contrat marqué d'*intuitu personae*, l'engagement conclu de la sorte par l'associé est en principe intransmissible car il perdrait sa raison d'être, le cas échéant⁴¹¹.

- En second lieu, les critiques adressées à l'interdiction des clauses d'agrément en cas de cession au conjoint, au descendant, ou à l'ascendant d'un associé peuvent être réitérées à l'égard des héritiers⁴¹². En effet, si le règlement des transmissions familiales doit être facilité, le bon fonctionnement d'une société s'avère être un intérêt tout aussi légitime à protéger. Par ailleurs, pourquoi le refus d'agrément réaliserait-il une expropriation pour cause d'intérêt privé uniquement dans la société anonyme ? Le dispositif du rachat semble présenter des garanties suffisantes contre ce risque, que ce soit par le droit du cédant de renoncer à l'acte juridique projeté ou, par le droit des héritiers de l'associé d'être indemnisés de la valeur de ses droits sociaux⁴¹³. L'ensemble de ces remarques est en partie valable pour la société en commandite par actions.

119. Dans la société en commandite par actions : les renvois opérés par les articles L. 222-8 et L. 228-23 et suivants du Code de commerce. En vertu du renvoi opéré par l'article L. 226-1, alinéa 2 du Code de commerce, et en l'absence de disposition propre à la commandite par actions sur ce point, l'article L. 222-8 du même Code relatif aux commandites simples pour les parts des commandités, ainsi que les articles L. 228-23 et suivants pour les actions et valeurs mobilières, sont donc applicables ; le premier de ces articles interdisant de soumettre à l'agrément les transmissions d'actions en cas de décès d'un actionnaire⁴¹⁴. Si la transposition de cette interdiction est certaine s'agissant de la commandite par actions, elle l'est moins pour la société par actions simplifiée.

120. Dans la société par actions simplifiée : un champ d'application incertain de la clause d'agrément au regard de l'article L. 227-14 du Code de commerce. Cet article dispose que : « Les statuts peuvent soumettre toute cession d'actions à l'agrément préalable de la société ». En vertu de la seule mention du mot « cession », convient-il d'en déduire que les transferts d'actions résultant d'une succession sont exclus du champ d'application de la clause d'agrément d'une SAS ? Une réponse positive comme négative est envisageable⁴¹⁵, bien qu'une

⁴¹¹ À propos des effets de l'*intuitu personae* sur le contrat, v. *infra* n° 21.

⁴¹² V. *supra* n° 98.

⁴¹³ À propos de l'encadrement légal des conséquences du refus d'agrément, v. *supra* n° 464 et s.

⁴¹⁴ Pour les cessions aux tiers, v. *supra* n° 98 ; pour les cessions entre associés, v. *supra* n° 110 ; pour la question de l'organe compétent, v. *infra* n° 340 et s.

⁴¹⁵ Pour la réponse apportée à cette question, v. *infra* n° 129.

Pour un avis favorable, v. : Avis de l'Association Nationale des Sociétés par Actions, « SAS : la clause statutaire d'agrément peut-elle viser les transferts d'actions résultant d'une succession ? », CJ du 1^{er} décembre 2010, n° 10-070. RABREAU (A.), « L'éviction des héritiers d'actions de SAS : quels aménagements statutaires ? », *Bull. Joly Sociétés* 2011, p. 740.

lecture associée avec l'article L. 229-11 du Code de commerce relatif à la société européenne tendrait à y répondre négativement.

121. Dans la société européenne : un agrément statutaire posé à l'article L. 229-11, alinéa 1 du Code de commerce. Cet article dispose que : « Les statuts d'une société européenne qui n'entend pas offrir au public ses actions peuvent soumettre tout transfert d'actions à des restrictions à la libre négociabilité sans que ces restrictions ne puissent avoir pour effet de rendre ces actions inaliénables pour une durée excédant dix ans ». Contrairement au texte de la SAS⁴¹⁶, la mention « tout transfert » est suffisamment large pour inclure les successions et s'interpréter dans un sens contraire au droit commun. Celle-ci mériterait d'être généralisée car elle ne suscite pas de morcellement de la source de l'agrément, qu'il soit lié à son fait générateur ou à la qualité de son bénéficiaire, et cela, à l'instar des textes des sociétés réglementées. En effet, ces derniers sont généralement rédigés selon une formulation large de façon à inclure le maximum d'opérations juridiques dans le champ d'application de l'agrément⁴¹⁷.

Toutefois, cette législation ne saurait être satisfaisante car, si le droit spécial déroge au droit commun, en l'espèce, rien ne justifie qu'une société par actions plus qu'une autre ait le droit d'anticiper la succession de ses actionnaires. Cette remarque est renforcée par le fait que l'article L. 228-23 s'applique essentiellement à la société anonyme. Or la société européenne a pourtant un fonctionnement calqué sur cette dernière. Ces deux sociétés ont donc un mode d'organisation similaire, sauf que l'une d'elles, la société anonyme, pâtit d'une interdiction non seulement injustifiée, mais aussi, attentatoire à la liberté contractuelle.

122. Observations conclusives du 2. Des principes contradictoires gouvernant la source de l'agrément en cas de succession d'un actionnaire. La législation présente deux types d'incohérence en la matière. En premier lieu, l'interdiction faite par la loi de soumettre à l'agrément les transferts d'actions issus d'une succession porte atteinte à la liberté des associés de composer leur cercle. Si la volonté de favoriser les transmissions familiales est légitime, elle trouve toutefois une limite dans la liberté contractuelle. Il s'agit là d'une illustration de l'opposition existant entre une conception institutionnelle du droit des sociétés, dont le contenu est strictement défini par la loi, et une conception contractuelle accordant davantage de liberté à ses acteurs. De ce point de vue, les actionnaires seraient libres de stipuler une clause d'agrément visant cette hypothèse. En second lieu, une réflexion n'a, de toute évidence, pas été menée s'agissant de l'articulation du droit commun des actions avec celui de chacune de ces sociétés : la

⁴¹⁶ V. *supra* n° 120.

⁴¹⁷ V. *supra* n° 269.

mention restrictive d'une « cession » pour désigner le champ d'application de la clause d'agrément de la SAS exclut la succession⁴¹⁸, tandis que la société européenne dont le fonctionnement est calqué sur la société anonyme peut valablement viser cette hypothèse, et cela, alors même que le droit commun l'interdit à cette dernière. Il en résulte une législation faite d'un empilement irréfléchi de règles, déterminées au cas par cas, sans vision globale de la matière. Si une démarche similaire a vraisemblablement été adoptée pour les sociétés réglementées, elle est moins visible.

3. Un encadrement rare dans les sociétés réglementées.

123. Une seule mention existante pour les sociétés d'exercice libéral à forme anonyme. Le plus souvent, les textes ayant trait à ces sociétés ne précisent ni le fait générateur de l'agrément, ni la qualité du cessionnaire afin de donner une portée maximale à son champ d'application. Cette formulation doit être approuvée, et même encouragée, car elle réduit les risques d'insécurité juridique liés à leur interprétation ou à leur contradiction⁴¹⁹.

Il est toutefois possible de remarquer que, pour les SELAFA, l'article 10 de la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990 ne vise que les « cessions d'actions ». En effet, les débats parlementaires précisent que ce texte ne mentionne pas volontairement les successions afin de se conformer au droit commun des actions⁴²⁰. En revanche, pour les autres formes de société d'exercice libéral mentionnées à ce même article, la loi emploie l'expression d'« agrément de nouveaux associés » plutôt que la mention de son fait générateur, supprimant de la sorte toute polémique quant à l'inclusion dans son champ d'application des transmissions successorales, mais également, des transmissions issues d'une opération de restructuration⁴²¹.

⁴¹⁸ Pour plus de précisions sur ce point, v. *infra* n° 256 et s.

⁴¹⁹ V. *supra* n° 103.

⁴²⁰ Pour les critiques formulées à l'égard de ce droit commun, v. *supra* n° 118.

⁴²¹ *JO Sénat*, 19 décembre 1990, p. 3589.

Comp. pour les autres formes sociales mentionnées à l'article 10 de cette loi, la loi emploie l'expression « l'agrément de nouveaux associés » plutôt que le fait générateur de la procédure d'agrément :

« Nonobstant toute disposition contraire législative ou statutaire, les cessions d'actions **de sociétés d'exercice libéral à forme anonyme** sont soumises à un agrément préalable donné, dans les conditions prévues par les statuts, soit par les deux tiers des actionnaires exerçant leur profession au sein de la société, soit par les deux tiers des membres du conseil de surveillance ou du conseil d'administration exerçant leur profession dans la société.

Dans les sociétés d'exercice libéral en commandite par actions, l'agrément de nouveaux actionnaires est donné par les associés commandités à la majorité des deux tiers.

Dans les sociétés d'exercice libéral par actions simplifiées, l'agrément de nouveaux associés est donné par les associés exerçant leur activité au sein de la société à la majorité des deux tiers. Pour l'application des clauses statutaires conformes aux articles L. 227-16 et L. 227-17 du code de commerce, il est fait application de cette même règle de majorité » (nous le soulignons).

II. L'incidence du morcellement sur le degré d'intuitu *personae* de chaque société.

124. Plan. Le morcellement décrit aboutit au cumul de diverses règles pour lesquelles il est difficile de départir le principe de l'exception. La règle de principe ne peut être déterminée uniquement au regard des tiers, car l'application de l'agrément peut être tout aussi important à l'égard des associés. En outre, la rédaction des textes n'établit pas d'importance hiérarchique entre les tiers étrangers à la société et les tiers présentant un lien avec l'associé. De la sorte, le cumul de ces principes a nécessairement une incidence sur l'*intuitu personae* de chaque société puisque, tour à tour, ils supposent son absence ou sa présence selon la qualité du bénéficiaire de l'opération et la nature de cette dernière. L'analyse de l'ensemble formé par ces dispositions sera l'occasion de s'interroger sur l'intention du législateur en choisissant cette méthode pointilliste ainsi que sa légitimité, spécialement pour les structures de droit commun (A) car, paradoxalement, la législation de droit commun est plus complexe que celle encadrant les sociétés réglementées (B).

A. Une incidence complexe sur les sociétés de droit commun.

125. Plan. Ce morcellement a pour conséquence de conférer une importance variable à l'*intuitu personae* des sociétés de personnes (1), tandis qu'il lui accorde une importance ponctuelle dans les sociétés par actions (2). Or n'est-il pas paradoxal que les sociétés de personnes soient de la sorte en partie ouvertes, tandis que les sociétés par actions peuvent être en partie fermées ? L'analyse des conséquences du morcellement de la source de l'agrément sera l'occasion de s'interroger sur les motivations du législateur.

1. Une importance variable de l'*intuitu personae* dans les sociétés de personnes.

126. Des suppositions des rapports *intuitu personae* de diverses personnes avec la société. Dans ces sociétés pour lesquelles l'agrément est d'origine légale et impérative à l'égard des tiers⁴²², le fait que la loi autorise un agrément d'origine conventionnelle caractérise, *a contrario*, l'existence supposée de l'*intuitu personae* des personnes visées par cette règle de droit (tels que le

⁴²² V. *supra* n° 92.

conjoint ou les descendants par exemple). Pour ces personnes, les parts sociales sont donc libres d'agrément, comme le seraient des actions. Cette constatation peut surprendre s'agissant de droits sociaux dont la nature contractuelle implique non seulement qu'un accord soit donné en raison de la modification réalisée par la cession, mais aussi, que de strictes formalités soient respectées. De la sorte, l'application d'un agrément, au moins supplétif de volonté, s'il n'est impératif, serait davantage cohérent que ne l'est l'actuel agrément conventionnel dont la loi fait bénéficier certaines personnes⁴²³.

126-1. L'intuitu personae des associés. L'agrément est ainsi conventionnel dans le cas des cessions de parts sociales entre associés d'une SARL, ce qui suppose la permanence de leur *intuitu personae*. La solution choisie pour les cessions entre associés d'une société civile est toutefois intermédiaire, celle-ci consistant à poser une source légale, mais supplétive de l'agrément, c'est-à-dire, qu'ils peuvent dispenser leurs cessions de cette modalité s'ils estiment la réitération de la considération de chacun inutile.

126-2. L'intuitu personae du conjoint, des ascendants ou des descendants. Dans ces mêmes sociétés (SARL, société civile), la source de l'agrément est identique s'agissant des cessions réalisées au profit du conjoint de l'associé, c'est-à-dire, conventionnelle pour la SARL, légale et supplétive pour la société civile. En revanche, s'agissant des cessions faites aux ascendants ou aux descendants, cette source n'est plus légale et supplétive pour les parts de société civile, mais conventionnelle à l'instar des parts de SARL. Cette nature conventionnelle laisse ainsi supposer, comme précédemment, que la personnalité de ces personnes est compatible avec l'*intuitu personae* de la société.

126-3. L'intuitu personae des héritiers. Un degré de complexité supplémentaire s'ajoute à cette législation dès lors que le fait générateur de l'agrément est autre qu'une cession. Par exemple, la transmission des parts d'un associé d'une société civile ou d'une SARL est libre d'agrément au profit des héritiers⁴²⁴. Elle l'est également à l'égard des héritiers de parts d'une SNC, auxquels une clause de continuation accorde le droit de continuer la société à la place de leur auteur⁴²⁵.

127. Observations conclusives du 1. L'importance de l'intuitu personae dans les sociétés de personnes et la SARL. Trois remarques générales résultent des précédents propos.

⁴²³ Pour plus de détails s'agissant de la qualité de ces personnes, v. *infra* n° 237 et s.

⁴²⁴ V. *supra* n° 115 et s.

⁴²⁵ V. *supra* n° 113.

- En premier lieu, la cessibilité des droits sociaux à l'égard de certaines personnes de l'entourage familial revient *de facto* à réputer leur *intuitu personae*, et donc, la compatibilité de leur personnalité vis-à-vis de la société, peu important la teneur réelle de l'*intuitu personae* du cercle sociétaire. Plus généralement, le législateur pose de la sorte le principe du caractère familial de ces sociétés car il ressort effectivement des travaux parlementaires une volonté de favoriser les transmissions familiales⁴²⁶. Or ce postulat est discutable, sinon dangereux, car l'entrée d'un tiers, même s'il appartient à la famille d'un associé, peut avoir pour conséquence de nuire à la réalisation de l'objet social. Ce proche ne présente pas nécessairement les critères personnels ayant présidé à la formation de la société : les liens du sang d'un associé n'équivalent pas toujours au lien *intuitu personae* des autres associés. En outre, une source conventionnelle ne permet pas de sauvegarder les intérêts de la société si les statuts n'ont pas suffisamment anticipé ces questions. Au contraire, une source légale de l'agrément, et supplétive de volonté, semble plus protectrice car elle implique que les associés aient réfléchi à ses conséquences avant d'autoriser, antérieurement au transfert, une dispense de l'agrément. Elle a pour avantage d'éviter qu'un tiers ne profite de la négligence des statuts, pour entrer subrepticement dans la société.

- En second lieu, le législateur marque une plus grande méfiance à l'égard du conjoint de l'associé d'une société civile qu'à l'égard de ses ascendants ou descendants. Les liens du sang supposeraient donc davantage d'*intuitu personae* que les liens du mariage. Mais seulement dans cette société toutefois, car une telle supposition n'existe pas dans le cadre de la SARL. Pourquoi une telle différence ? Les travaux parlementaires ne l'expliquent autrement que par la volonté de favoriser les transferts familiaux⁴²⁷. La SARL aurait alors, semble-t-il, une physionomie familiale davantage marquée qu'une société civile. En dépit de la supposée légitimité de cette faveur, l'ensemble de ces subtilités ne facilitent guère la lecture des textes tant ils sont pointilleux.

- En troisième et dernier lieu, dans le cadre de la SARL, la source de l'agrément est toujours conventionnelle, sauf à l'égard des cessions projetées au profit de tiers pour lesquels il est imposé par la loi. De la sorte, cette société apparaît presque aussi ouverte que pourrait l'être une société par actions, dont seules les cessions faites aux tiers seraient conventionnellement soumises à l'agrément. Or, paradoxalement, le législateur pose, pour cette dernière, certains principes dont il résulte un *intuitu personae* encore plus fort que ne le suppose la législation des sociétés de personnes.

⁴²⁶ V. notamment en ce sens : *JO Sénat* CR, 27 avril 1966, p. 348.

⁴²⁷ *Idem.*

2. Une importance ponctuelle de *l'intuitu personae* dans les sociétés par actions.

Le principe de la négociabilité des actions implique que leur transfert ne soit pas soumis à l'agrément de la société. Le cas échéant, celui-ci a une source conventionnelle en vertu de la liberté contractuelle. Or, par une immixtion dans ce domaine, le législateur suppose *l'intuitu personae* de certaines personnes envers la société. En outre, se pose la question de savoir si cette disposition de droit commun est applicable à l'ensemble des sociétés par actions.

128. *L'intuitu personae* des ascendants, des descendants, ou du conjoint d'un actionnaire. La loi interdit de stipuler une clause d'agrément visant les hypothèses de cessions au profit d'ascendants, de descendants, ou du conjoint d'un actionnaire, ainsi que les hypothèses de sa succession ou de la liquidation de son régime matrimonial⁴²⁸. La conclusion suivante s'impose alors : *l'intuitu personae* est encore plus fort que celui posé à l'égard des sociétés de personnes, car l'interdiction implique obligatoirement l'entrée de ces personnes dans la société. Cette remarque n'est toutefois valable que s'il existe un *intuitu personae* entre les associés ; le cas échéant, cette interdiction ne fait que renforcer le principe de la libre cessibilité des actions. Mais telle n'était pas l'intention du législateur qui, par cette interdiction, projetait surtout de faciliter les règlements familiaux⁴²⁹.

Cependant, si *l'intuitu personae* existe entre les associés, ces interdictions sont susceptibles d'entrer en conflit avec leur conception de celui-ci⁴³⁰. Cet interventionnisme législatif, dans un domaine qui relève de la liberté contractuelle, n'est guère surprenant en raison du fort encadrement légal de ces sociétés depuis 1966, même s'il tend à s'assouplir, spécialement en matière d'agrément⁴³¹. Une seule échappatoire s'offre alors aux associés désireux de pleinement maîtriser les transferts de titres : recourir à d'autres formes de société par actions. En effet, cette ingérence légale ne se constate pas dans les types sociétaires plus récents, que sont la société par actions simplifiée et la société européenne, et dont l'agrément est toujours conventionnel⁴³². Toutefois, encore faut-il que ces sociétés échappent à l'application du droit commun en la matière, ce qui n'est pas certain pour la SAS.

⁴²⁸ C. com., art. L. 228-23, al. 2, sauf lorsque la société réserve des actions à ses salariés (art. L. 228-23, al. 4). Pour plus de précisions, v. *supra* n° 98.

⁴²⁹ JO Sénat CR, 27 avril 1966, p. 348, *préc.*

⁴³⁰ Pour plus de développements sur cette notion contractuelle, v. *supra* n° 14 et s.

⁴³¹ En effet, l'ordonnance du 24 juin 2004 a libéré les cessions entre actionnaires de l'interdiction de stipuler une clause d'agrément, v. *supra* n° 43.

⁴³² V. *supra* n° 100 et s., n° 120 et s.

129. Droit spécial ou droit commun des sociétés par actions ? La SAS et la société européenne sont les dernières sociétés intégrées dans l'ordonnement juridique français. En matière d'agrément, leurs dispositions sont assez proches et se caractérisent par un certain libéralisme, rompant avec le droit commun des actions applicable jusqu'alors⁴³³. La coexistence de ces deux régimes suscite une question : les dispositions plus anciennes de l'article L. 228-23 du Code de commerce constituent-elles un droit commun, applicable à défaut de dispositions spéciales propres à la SAS et à la société européenne ? La doctrine est divisée sur la réponse à donner à cette question.

- En faveur d'un droit commun, est avancé le fait que ces dispositions sont placées au sein d'un chapitre ayant trait aux valeurs mobilières émises par les sociétés par actions, et plus spécialement d'une section intitulée « Des actions »⁴³⁴.

- Au contraire, ses opposants considèrent que l'existence de règles propres à ces sociétés (SAS, société européenne) les exclurait du droit commun⁴³⁵. À cet égard, l'article L. 227-14 du même Code ayant trait à la SAS illustrerait parfaitement ce caractère dérogatoire⁴³⁶. En effet, ce texte autorise beaucoup plus largement ses statuts à soumettre toute cession d'actions à l'agrément préalable de la société que ne le permettent les articles généraux, L. 228-23 et suivants du Code de commerce⁴³⁷. Or, si ce raisonnement était approfondi, puisque les dispositions légales de la SAS n'organisent pas le régime du refus d'agrément, cela signifie-t-il que les statuts soient libres de le faire ? Il est permis de douter de l'octroi d'une telle liberté car l'intention du législateur de 1966 fut, au contraire, d'encadrer strictement, par un ordre public de protection, le fonctionnement de la procédure d'agrément et, plus particulièrement, l'hypothèse de son refus⁴³⁸. Cette analyse exclut dès lors de considérer le droit de chaque société par actions comme étant indépendant des dispositions générales du Code de commerce.

⁴³³ Pour le détail de ces régimes, v. *supra* n° 98 et s.

⁴³⁴ V. notamment en ce sens : DONDERO (B.), « Les clauses d'agrément dans les sociétés par actions après la réforme », *LPA* 2005, n° 189, p. 44, *spéc.* n° 1 et les références citées.

⁴³⁵ CHARVERIAT (A.), COURET (A.), ZABALA (B.), avec le concours de MERCADAL (B.), *Mémento pratique, Sociétés commerciales*, éd. Francis Lefebvre, 2012, p. 885, n° 60700.

⁴³⁶ Une disposition analogue existe pour la société européenne à l'article L. 229-11 du Code de commerce.

⁴³⁷ V. notamment en ce sens : PORACCHIA (D.), « Les clauses d'agrément dans les sociétés par actions – Questions contemporaines », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Germain*, LexisNexis, L.G.D.J., 2015, p. 679, *spéc.* p. 680 : « Cette thèse ne nous convainc cependant pas, et ce pour plusieurs raisons. Tout d'abord, si elle était juste, il aurait été inutile de préciser dans l'article L. 227-14 du Code de commerce que les statuts peuvent soumettre (toutes) les cessions d'actions à l'agrément, puisque cela était déjà prévu par les textes précités. En outre, elle semble contraire à la volonté du législateur et plus précisément à celle de l'Assemblée nationale qui a voté ce texte en considérant que par cette disposition elle faisait relever l'agrément des statuts et non de la loi ».

Pour la position adoptée, v. *infra* n° 467.

⁴³⁸ Pour les dangers des conséquences d'un refus d'agrément laissé à la discrétion de la société, v. *infra* n° 465 et s.

Par analogie, ce droit commun, applicable à défaut de dispositions spéciales à la mise en œuvre de l'agrément, l'est également à sa source. Logique et conforme à l'adage « *specialia generalibus derogant* », cette conclusion aboutit pourtant à un résultat surprenant lorsqu'elle est appliquée à la SAS : en l'absence de mention de la possibilité de stipuler une clause d'agrément en dehors d'une cession d'actions, le régime de droit commun encadrant les autres faits générateurs est applicable, et notamment l'interdiction de soumettre à un agrément les héritiers de l'actionnaire⁴³⁹. Ce constat exprime ainsi une incohérence entre le contenu de la législation et l'intention ayant gouverné son édicton.

Pour retrouver une certaine cohérence entre la source de l'agrément et l'esprit l'animant, il faut, paradoxalement, s'intéresser aux textes des sociétés réglementées.

B. Une incidence rare sur les sociétés réglementées.

130. Des modèles légaux généralement remarquables par leur simplicité. Le régime disparate du droit commun des sociétés oblige les praticiens à vérifier le contenu de chaque texte spécial. La nécessité de cette démarche souligne un manque d'intelligibilité de la loi en l'absence de principes généraux gouvernant la procédure d'agrément, d'autant plus que les textes spéciaux recèlent parfois des spécificités insoupçonnables⁴⁴⁰.

Concernant la source de l'agrément, ces règles sont souvent l'opposé de celles du droit commun. Ainsi, elles ne mentionnent ni le fait générateur de la procédure d'agrément, ni le bénéficiaire du transfert des droits sociaux, préférant des expressions larges comme : « L'agrément de nouveaux associés est donné par les associés exerçant leur activité au sein de la société [...] »⁴⁴¹. Ou encore : « Toute cession est soumise à l'agrément du conseil d'administration ou du conseil de surveillance »⁴⁴². Ce type de formule est préférable à celles, pointilleuses, du droit commun des sociétés, lesquelles suscitent l'interprétation et, donc, l'insécurité juridique. En outre, elles expriment un principe cohérent et similaire pour toutes ces sociétés réglementées : celui de leur fermeture aux tiers. Ce phénomène de morcellement n'appartient toutefois pas exclusivement à la législation de l'agrément, il est lié à l'évolution même du droit des sociétés.

⁴³⁹ V. *supra* n° 127.

⁴⁴⁰ Par exemple, dans les sociétés d'exercice libéral par actions simplifiées, l'agrément de nouveaux associés est donné par les associés exerçant leur activité au sein de la société à la majorité des deux tiers (L. n° 90-1258 du 31 décembre 1990, art. 10, al. 5).

⁴⁴¹ L. n° 90-1258 du 31 décembre 1990, art. 10, al. 5 (société d'exercice libéral par actions simplifiée).

⁴⁴² L. n° 86-897 du 1^{er} août 1986, art. 4 (sociétés de presse par actions).

§ II. Un morcellement lié à l'évolution du droit des sociétés.

131. Une atténuation progressive des différences entre chaque type de sociétés. Une des critiques adressées au clivage existant entre les sociétés de personnes et les sociétés de capitaux tient à la porosité de ses frontières⁴⁴³. Légalement, aucun type de sociétés⁴⁴⁴ n'appartient véritablement à l'une ou l'autre catégorie à part deux exceptions : la SNC pour laquelle l'agrément des cessions de parts est requis impérativement, ainsi que les sociétés par actions cotées pour lesquelles l'agrément des transferts de titres est au contraire interdit⁴⁴⁵. En dehors de ces deux types, les contours de ces catégories traditionnelles peuvent tout autant être atténués par la volonté des parties que par le législateur.

132. L'intention du législateur. Si la motivation des parties peut aisément se comprendre en raison d'un besoin d'adapter la forme sociale choisie à leur projet, en revanche, quelle est celle du législateur ? Son rôle ne devrait-il pas se réduire à définir précisément les éléments constitutifs de chaque société ? En réalité, sa motivation se calque sur celle des parties : son but est de permettre à la pratique d'adapter ces structures à leur besoin⁴⁴⁶. La première pierre posée en vue de réaliser cet objectif le fut par la consécration de la SAS. Toutefois, celle-ci réalisa un véritable « *big-bang* »⁴⁴⁷ dont le droit des sociétés continue de ressentir les secousses. Afin d'y pallier et de maintenir l'attractivité des autres formes sociales face à la liberté conférée par cette dernière, le législateur a instauré une certaine concurrence entre les types sociétaires⁴⁴⁸. Concrètement, les réformes récentes la matérialisent par le mixage de diverses composantes, celles-ci se rattachant tantôt aux personnes, tantôt aux capitaux. Ces caractéristiques sont soit structurelles en ce qu'elles participent de la définition de chaque société, soit secondaires en ce sens qu'elles ne

⁴⁴³ V. en ce sens : GUYON (Y.), *Droit des affaires, Droit commercial général et Sociétés*, t. 1, Économica, 12^{ème} éd., 2003, p. 224, n° 217, et plus récemment, GODON (L.), « L'éclatement des formes sociales », *Rev. sociétés* 2017, p. 267.

⁴⁴⁴ V. à propos de la notion de type : BUREAU (D.), *art. préc.*, p. 57, *spéc.* p. 58, n° 3 : « [...] la notion de type renvoie en effet à un nombre limité de figures sociétaires, dont la justification essentielle reposerait sur le besoin ressenti par le législateur d'adapter cette branche du droit aux besoins de la pratique. À chacun sa société, à chacun son droit pourrait-on affirmer, comme par transposition de l'analyse naguère développée par le doyen Carbonnier pour rendre compte de la diversité des modèles en vigueur au sein du droit de la famille ».

Adde ROCHFELD (J.), *Cause et type de contrat*, préf. J. Ghestin, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, t. 311, 1999, *spéc.* p. 40, n° 43.

⁴⁴⁵ *Comp.* néanmoins, une étude révélant la présence de l'*intuitus personae* au sein des sociétés cotées : MORIN (A.), « *Intuitus personae* et sociétés cotées », *RTD com.* 2000, p. 299, *spéc.* n° 40 concluant ainsi sa démonstration : « Ainsi, arrive-t-on, en déjouant les apparences trompeuses, à l'idée aussi audacieuse que surprenante, selon laquelle l'*intuitus personae* est parfois plus fort dans les sociétés cotées que dans les sociétés non cotées. Peut-être est-il temps de se convaincre que société cotée et *intuitus personae* ne forment pas un couple impossible... ».

⁴⁴⁶ V. en ce sens, BUREAU (D.), *art. préc.*, p. 59, n° 4.

⁴⁴⁷ L'expression emprunte le titre d'un article du professeur Paillusseau : -, « La nouvelle société par actions simplifiée. Le *big bang* du droit des sociétés ! », *D.* 1999, p. 333.

⁴⁴⁸ La SARL reste la société la plus utilisée en France (v. en ce sens les statistiques de l'INSEE mentionnées par MERLE (Ph.), avec la collaboration de FAUCHON (A.), *Droit commercial, Sociétés commerciales*, Dalloz, coll. Précis, 20^{ème} éd., 2017, p. 2, n° 2).

modifient pas leur physionomie⁴⁴⁹. Ce mouvement n'épargne pas pour autant le régime de la SAS qui subit aussi l'influence de l'un ou l'autre modèle sociétaire.

133. Le mixage de caractéristiques structurelles. En premier lieu, un exemple bien connu de société mixte est d'abord celui de la société en commandite du fait de sa combinaison des deux types de responsabilité, limitée et illimitée. Ensuite, la SARL est également souvent qualifiée de société hybride car elle était initialement conçue comme une société de personnes, mais dont la composante dérogatoire résidait dans la responsabilité limitée des associés⁴⁵⁰. Enfin, la SAS donne encore une illustration de ce mixage structurelle par la forte place accordée à la personnalité des associés, alors même que cette société émet des titres négociables, actions et autres valeurs mobilières. Ce caractère est particulièrement marqué par l'admission légale des clauses d'agrément et d'exclusion⁴⁵¹.

134. Le mixage de caractéristiques secondaires. En second lieu, un jeu d'attribution des caractéristiques secondaires d'une catégorie à une autre accentue leur rapprochement de deux façons.

- D'abord, il s'exerce en accordant davantage de liberté dans les options contractuelles appartenant à l'une ou l'autre catégorie. La SARL a ainsi fait l'objet de nombreuses modifications la rapprochant tantôt des sociétés de capitaux, tantôt des sociétés de personnes. Depuis l'ordonnance du 25 mars 2004, il est en effet possible, pour les plus importantes de ces sociétés, de créer des obligations⁴⁵², mais aussi, de réunir jusqu'à cent associés et non plus seulement cinquante⁴⁵³. Cette société se rapproche toutefois des sociétés de personnes par l'octroi légal du droit de stipuler des clauses de continuation⁴⁵⁴. En revanche, la dimension de la SAS en tant que

⁴⁴⁹ *Comp.* BUREAU (D.), *op. cit.*, *loc. cit.* : « Cette conjugaison de l'uniformité et de la diversité présuppose en effet une définition précise des éléments constitutifs de chaque type sociétaire, quitte à renouer avec une tradition romaine – distinguant entre les *essentia*, les *naturalia* et les *accidental* – aujourd'hui largement occultée ».

⁴⁵⁰ V. en ce sens : BOUCOURECHLIEV (J.), avec la collaboration de HUET (N.), « *De natura SARL* », in *Études à la mémoire d'Alain Sayag*, Litec, 1997, p. 177, *spéc.* p. 181 : « En fait, la SARL répond bien aux critères traditionnels des sociétés de personnes, qui retiennent exclusivement l'*intuitus personae* et le régime des titres qui en découle logiquement – non négociables ni librement transmissibles - , à l'exclusion du régime de la responsabilité des associés. Et Savatier a pu, à quelques pages d'intervalle, rapprocher la SARL des deux catégories puis la qualifier de société de personnes, tout en formulant immédiatement la réserve de la limitation de responsabilité ».

⁴⁵¹ C. com., art. L. 227-19.

⁴⁵² Pour les conditions posées, v. C. com., art. L. 223-11.

⁴⁵³ C. com., art. L. 223- 3. Certains auteurs doutent de l'utilité de la réforme car le nombre d'associés atteignait rarement cinquante en pratique (v. en ce sens : MERLE (Ph.), avec la collaboration de FAUCHON (A.), *Droit commercial, Sociétés commerciales*, Dalloz, coll. Précis, 20^{ème} éd., 2017, p. 213, n° 212).

⁴⁵⁴ C. com., art. L. 223- 13 et dont la rédaction fut d'ailleurs trop servilement recopiée sur le texte de la SNC, v. à ce propos *infra* n° 297.

société de capitaux a été accentuée grâce à un accroissement de ses possibilités de financement sur certains marchés⁴⁵⁵.

- Ensuite, le mélange des genres s'exerce également par l'alignement de certaines caractéristiques des sociétés. Par exemple, la suppression de l'exigence du capital minimum de la SARL a été étendue à la SAS, alors même que ce montant constituait la garantie corrélative de la responsabilité limitée des associés⁴⁵⁶. Typique des sociétés de personnes, l'autorisation de recevoir des apports en industrie a de même été successivement étendue à la SARL, puis à la SAS⁴⁵⁷. Plus récemment encore, un mouvement de personnalisation se remarque aussi à l'égard des sociétés anonymes dont le nombre d'actionnaires nécessaire pour sa constitution a été réduit à deux, comme pour l'ensemble des sociétés pluripersonnelles⁴⁵⁸. Cette mesure ne vaut toutefois, logiquement, que pour les sociétés anonymes dont les titres ne sont pas admis aux négociations sur un marché réglementé, et pour lesquelles l'agrément est interdit⁴⁵⁹.

135. Le mixage par l'effet de l'agrément. Dans ce contexte, il n'est guère surprenant de retrouver ce mélange par l'effet de l'agrément. Une SAS, et surtout, une société européenne en raison du large champ d'application de son texte⁴⁶⁰, peuvent être aussi fermées qu'une SNC grâce à l'usage de la liberté conférée par la source conventionnelle de leur agrément, et cela alors même que le législateur a fortement rapproché la SAS de la société anonyme en autorisant de nouvelles modalités de financement⁴⁶¹. Au contraire, une SARL pourrait être presque aussi ouverte qu'une SA puisque la source de son agrément est toujours conventionnelle, à l'exception des cessions destinées aux tiers sans liens familiaux avec l'associé, dont seul l'agrément est légal⁴⁶². Enfin, pour le législateur, la SA apparaît, paradoxalement, comme étant la société la plus familiale puisque la

⁴⁵⁵ MERLE (Ph.), avec la collaboration de FAUCHON (A.), *op. cit.*, p. 770, n° 686 : « Cependant, des ouvertures ont été réalisées, d'abord par l'ordonnance du 22 janvier 2009 qui a autorisé la SAS à faire coter des titres autres que des actions, à recourir à des placements privés et à être admis sur un système multilatéral de négociation (art. L. 227-2 *in fine*). Puis, par l'ordonnance du 30 mai 2014 sur le financement participatif qui a permis aux SAS d'offrir des titres au public par l'intermédiaire d'une plateforme internet de *crowdfunding* ».

⁴⁵⁶ C. com., art. L. 223-2 (SARL) ; art. L. 227-1, al. 3 (SAS).

Pour une appréciation critique de cette mesure et les références citées, v. MERLE (Ph.), avec la collaboration de FAUCHON (A.), *op. cit.*, p. 214, n° 213.

⁴⁵⁷ V. notamment : MASSART (Th.), « Les apports de savoir-faire dans la SAS », in *L'apport en société dans tous ses états*, colloque du 17 novembre 2009, organisé par le Master 2 Juriste d'affaires de la Faculté Jean Monnet (Paris XI), *Supplément thématique BJS* 2009, p. 1154.

⁴⁵⁸ C. com., art. L. 225-1, al. 2. Le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2015-1127 du 10 septembre 2015 souligne que les sociétés familiales avaient souvent recours à des actionnaires de complaisance pour atteindre le nombre de sept. Par ailleurs, la France était en décalage par rapport aux autres pays européens car elle était la seule à avoir maintenu cette exigence sans fondement économique ni juridique.

⁴⁵⁹ V. *supra* n° 43. C'est pourquoi ces sociétés ont été exclues de notre étude.

⁴⁶⁰ V. *supra* n° 100 et s., n° 120 et s.

⁴⁶¹ Pour plus de précisions sur ce point, v. GODON (L.), « L'éclatement des formes sociales », *préc., spéc.* n° 9 et s.

⁴⁶² *Adde* LE CANNU (P.), « La SAS dans la concurrence des formes de sociétés », *Bull. Joly Sociétés* 2008, p. 236.

compatibilité des proches de l'associé avec l'*intuitu personae* de la société est imposée par l'interdiction des clauses d'agrément les visant ; cette interdiction visant non pas à renforcer le principe de la négociabilité des actions, mais à favoriser les transmissions familiales. La conclusion s'impose donc définitivement : si le clivage entre sociétés de personnes et sociétés de capitaux était à son origine difficilement justifiable⁴⁶³, il est aujourd'hui totalement dépassé eu égard, notamment, au domaine de l'agrément.

D'une manière générale, s'il n'est pas possible de savoir quel modèle domine actuellement les autres, le rapprochement des types sociétaires souligne un mouvement d'individualisation des sociétés, en fonction des besoins de leurs acteurs. La personnalisation de la société est l'un de ces besoins récurrents. En effet, la présence de l'*intuitu personae* est susceptible d'irriguer tous les rapports sociaux, que le groupement soit *a priori* défini comme un modèle ouvert ou fermé. Dès lors, plutôt que d'admettre au cas par cas la possibilité de contrôler le transfert de certains droits sociaux au profit de tel ou tel bénéficiaire, le Droit gagnerait en cohérence si un droit commun des sociétés fermées était élaboré. L'unification de l'agrément, à commencer par sa source, pourrait être le chemin d'élection de celui-ci⁴⁶⁴.

⁴⁶³ V. pour les difficultés à déterminer le critère de distinction entre ces catégories, *supra* n° 86 et s.

⁴⁶⁴ V. en ce sens les propositions faites, *infra* n° 137 et s.

Conclusion Chapitre I.

Une source morcelée.

136. Une influence de la loi sur la définition de l'*intuitu personae* de chaque type de société. *A priori* simple, la source de l'agrément devrait se déduire de la présence ou de l'absence de rapports *intuitu personae* entre les associés : le transfert des parts sociales serait ainsi soumis à un agrément légal, tandis que celui des actions et autres valeurs mobilières serait d'origine conventionnelle. En réalité, l'analyse des textes propres à chaque société met en évidence que la source de l'agrément est morcelée entre une source légale, impérative ou supplétive, et une source conventionnelle, lorsqu'elle n'est pas interdite par la loi.

Si le transfert des parts sociales aux tiers étrangers à la société n'échappe en aucun cas à l'application d'un agrément légal, en revanche, la loi instaure des distinctions pour certains tiers présentant un lien avec l'associé⁴⁶⁵. Cette variabilité de la force obligatoire de l'agrément concerne toutes les sociétés de personnes, y compris la SNC, pour laquelle l'agrément est d'origine statutaire en présence d'une succession, sous réserve de la stipulation préalable d'une clause de continuation. Une exception identique existe logiquement à l'égard des parts de commandités d'une commandite simple⁴⁶⁶. Ailleurs, dans le cadre d'une société civile, l'agrément d'un associé ou du conjoint de l'un d'eux a une source légale, mais supplétive, tandis que l'agrément de la cession ou de la succession au profit d'ascendants ou de descendants est laissé à l'appréciation des associés grâce à une source conventionnelle. En revanche, dans le cadre d'une SARL, l'agrément est toujours conventionnel en dehors de l'hypothèse de la cession à un tiers sans liens familiaux avec l'associé. Un morcellement tout aussi complexe existe dans le cadre des sociétés par actions.

Relatif au droit commun des actions⁴⁶⁷, l'article L. 228-23 du Code de commerce indique uniquement deux hypothèses pour lesquelles la source de l'agrément est conventionnelle : la cession faite au profit de tiers ou d'actionnaires⁴⁶⁸. En revanche, il interdit de stipuler une clause

⁴⁶⁵ Pour les questionnements sur ces qualités, v. *infra* n° 90 et s.

⁴⁶⁶ C. com., art. L. 222-8.

⁴⁶⁷ Cet article est inséré dans la section II intitulée « Des actions », du chapitre VIII relatif aux valeurs mobilières émises par les sociétés par actions, inséré au sein du deuxième titre du livre II du Code de commerce « Des sociétés commerciales et des groupements d'intérêt économique ».

⁴⁶⁸ V. *supra* n° 43.

d'agrément qui viserait les proches de l'associé⁴⁶⁹. Cette restriction est également applicable à la SAS car la seule mention du mot « cession » ne permet pas d'intégrer dans son champ d'application la succession d'un associé⁴⁷⁰. Au contraire, les statuts de la société européenne sont toujours libres de stipuler une telle clause en vertu de la large portée du mot « transfert » mentionné à l'article L. 229-11 du Code de commerce.

Mais plus généralement, il résulte du droit positif une certaine confusion, et cela pour trois raisons.

- D'abord, seules les dispositions de la SNC, pour les cessions aux tiers, et celles de la société européenne correspondent au postulat de base selon lequel, le transfert de parts sociales est maîtrisé par un agrément légal, tandis que celui de titres, actions ou valeurs mobilières, est éventuellement protégé par la stipulation d'une clause d'agrément.

- Ensuite, la méthode législative adoptée complique considérablement l'intelligibilité des textes. L'exemple d'une cession au profit du conjoint d'un associé est à cet égard particulièrement démonstratif. Si le cédant est associé d'une société civile, alors l'agrément est en principe obligatoire, sauf dispense statutaire⁴⁷¹. Au contraire, s'il est associé d'une SARL, alors les parts sociales sont librement cessibles, sauf si les statuts soumettent cette cession à un agrément⁴⁷². Enfin, s'il est actionnaire d'une société anonyme, alors la cession est toujours libre, la stipulation d'une clause d'agrément étant purement et simplement interdite⁴⁷³.

En outre, cette différence de régime est juridiquement peu compréhensible. Pourquoi une même situation serait-elle traitée de trois façons différentes, alors que l'*intuitu personae* et la volonté de le préserver peuvent être équivalents, *in concreto*, dans chaque société ? De plus, pourquoi la société anonyme et, corrélativement, les sociétés dépendantes du droit commun des actions, continuent-elles de subir des restrictions à la possibilité de stipuler des clauses d'agrément, alors que le législateur a largement ouvert cette faculté à la société européenne⁴⁷⁴ ? Le manque d'un principe directeur pour déterminer quand un agrément est requis, ou permis, par la loi, constitue un facteur considérable d'insécurité juridique. Au contraire, les sociétés réglementées, dont les textes sont gouvernés par le principe de leur fermeture, sont d'une remarquable cohérence.

⁴⁶⁹ Pour plus de détails sur cette notion, v. *infra* n° 237 et s.

⁴⁷⁰ V. *supra* n° 129.

⁴⁷¹ V. *supra* n° 95.

⁴⁷² V. *supra* n° 96.

⁴⁷³ V. *supra* n° 98.

⁴⁷⁴ V. *supra* n° 101, n° 121.

- Enfin, l'ensemble de ces principes supposant la présence ou l'absence de *l'intuitu personae* n'apparaît pas toujours justifié, ni conforme à la liberté dont disposent, en principe, les associés pour définir leurs rapports. Ces inconvénients proviennent d'une confusion entre la source de l'agrément, sa cause efficiente, laquelle devrait être *a priori* la même selon la nature des droits sociaux, et les faits générateurs, ses causes occasionnelles, lesquelles sont susceptibles de se multiplier à l'infini⁴⁷⁵. Cette méthode est symptomatique d'une conception institutionnelle de la société par laquelle le législateur modèle, au gré de ses interventions, la physionomie qu'il souhaite conférer à chaque type sociétaire. En l'occurrence, l'ensemble de ses inflexions sur la source de l'agrément est guidé par un objectif : celui de favoriser les transmissions familiales⁴⁷⁶. L'agrément devient ainsi conventionnel dans les sociétés de personnes, leur faisant peser un risque d'insécurité juridique si les statuts n'ont pas anticipé ces situations, tandis qu'il est radicalement interdit dans la plupart des sociétés par actions. Or n'appartient-il pas aux associés de déterminer, eux-mêmes, la finalité qu'ils souhaitent donner à leur groupement : entreprise familiale, gestion d'un patrimoine ou, organisation d'un partenariat⁴⁷⁷ ?

Lié à l'interventionnisme législatif, ce morcellement de la source de l'agrément est ainsi plus généralement une illustration d'un phénomène de dispersion des types sociétaires en droit français⁴⁷⁸. Cependant, en dépit de cette constatation, une possible clé d'unification de cette législation réside dans le fait que tous les rapports entre associés, quelle que soit la structure sociétaire choisie, sont susceptibles d'être influencés par *l'intuitu personae*.

⁴⁷⁵ Pour l'origine de cette distinction entre cause efficiente et cause occasionnelle, v. à propos de la source des obligations : CHÉNEDÉ (F.), *Les commutations en droit privé, Contribution à la théorie générale des obligations*, préf. A. Ghozi, Economica, coll. Recherches juridiques, t. 17, 2008, p. 513, n° 561 : « [...] Autrement dit, tandis que la volonté et la loi sont les causes efficientes des obligations (source, origine), les actes et les faits juridiques en sont les causes occasionnelles (fait générateur, naissance) ».

⁴⁷⁶ V. *supra* n° 127.

⁴⁷⁷ V. à propos de la logique organisationnelle du droit des sociétés : COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (Fl.), *Droit des sociétés*, Litec, coll. Manuel, 29^{ème} éd., 2016, p. 10, n° 15.

Adde PAILLUSSEAU (J.), « La logique organisationnelle dans le droit. La logique du droit des sociétés », in *Études et Actualité, Études offertes à Jacques Béguin*, Litec, 2004, p. 567.

⁴⁷⁸ V. à ce propos : BUREAU (D.), « L'altération des types sociétaires », in *Mélanges Paul Didier*, Economica, 2008, p. 57 ; GODON (L.), « L'éclatement des formes sociales », *Rev. sociétés* 2017, p. 267.

Chapitre II.

Une source unifiée.

137. Plan. La complexité du droit positif ne masque pas un fait important : toutes les sociétés sont susceptibles d'être influencées par l'*intuitu personae* des rapports entre associés. Car toutes sont concernées par la cession et la transmission de droits sociaux, et le changement d'associé que ces opérations induisent. Dès lors, pourquoi ne pas généraliser l'application de l'agrément à l'ensemble des sociétés ? Il conviendra d'abord de s'interroger sur le réalisme de ce principe unitaire et ses conséquences (Section I), puis, sur ses fondements afin de savoir si ses assises juridiques sont suffisamment solides pour être consacré (Section II).

Section I. Une source dominée par un principe unitaire.

138. Plan. *De lege feranda*, ce principe unitaire consisterait à généraliser l'application obligatoire de l'agrément (§ I). Des exceptions le ponctueraient toutefois, conformément aux caractéristiques de chaque société (§ II).

§ I. Un principe général instituant un agrément obligatoire.

139. Plan. Certes dirigiste (II), ce principe se déduit néanmoins de l'existence de l'*intuitu personae* dans chaque société (I).

I. Un principe général.

Celui-ci répond à la question de savoir comment corriger le droit positif. Cette réponse suscite néanmoins une seconde interrogation, celle de savoir comment s'exprimerait ce principe dans la législation, et quels seraient ses avantages.

140. La suppression de la corrélation entre la source de l'agrément et le degré d'ouverture supposé de la société. En droit positif, la source de l'agrément est principalement fondée sur la dichotomie traditionnelle opposant les sociétés de personnes aux sociétés de capitaux. Cette dualité se retrouve ainsi selon la nature des droits sociaux concernés : en présence

d'un mouvement de parts sociales, ce dernier est imposé par la loi, tandis qu'en présence d'actions, son application est requise par une clause statutaire. En apparence satisfaisante, cette dualité est en réalité morcelée par de nombreuses atténuations dépendantes de la nature du fait générateur de l'agrément, ou de la qualité de la personne soumise à celui-ci : tant le législateur que la pratique contribuent à dynamiser ce clivage⁴⁷⁹. Dès lors, comment corriger la législation, sans reprendre un à un chacun de ces tempéraments, pour retrouver cette dualité de principe ?

La résolution de ce problème n'est pas impossible. À cette fin, quelques enseignements peuvent être retenus des recherches présentées par Motulsky dans sa thèse de doctorat. Celui-ci avait mis en évidence une analyse structurale de la règle de droit, laquelle consiste à remarquer que « [...] si par hypothèse, telle situation vient à propos, alors voici la solution qu'il conviendra de retenir »⁴⁸⁰. Ce raisonnement légal se compose donc de deux éléments : une présupposition, l'hypothèse dans laquelle la règle s'applique, et une prescription, l'effet de droit attaché par la loi à la situation que détermine l'hypothèse⁴⁸¹.

À partir de cette clé de lecture, la réponse à la question posée apparaît alors simplement. S'agissant de la présupposition, elle se trouve dans la constatation qu'une même cause aboutit au même effet : la préservation de *l'intuitu personae* inhérent à chaque société requiert la mise en œuvre d'un agrément lors des mouvements de droits sociaux⁴⁸². Partant de ce fait, plutôt que d'admettre discutablement, au cas par cas, les hypothèses pour lesquelles s'appliquent ou ne s'appliquent pas cet agrément⁴⁸³, il serait plus judicieux de préconiser sa généralisation, sans distinguer sa licéité selon la nature des droits sociaux et, plus généralement, selon l'appartenance de la société à la catégorie des sociétés de personnes ou celle des sociétés de capitaux. Afin d'assurer son effectivité, l'agrément deviendrait ainsi obligatoire sous réserve, toutefois, de l'apparition ultérieure de quelques limites⁴⁸⁴.

En outre, cette généralisation correspondrait davantage à la réalité économique que la législation actuelle car la majorité des sociétés représente une PME ou un groupement familial⁴⁸⁵, soit autant de caractéristiques incompatibles avec une circulation mal maîtrisée des droits sociaux.

⁴⁷⁹ V. *supra* n° 135.

⁴⁸⁰ MOTULSKY (H.), *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé, La théorie des éléments générateurs de droits subjectifs*, préf. P. Roubier, éd. Dalloz, 1948, réédition Coll. Bibliothèque Dalloz, avant-propos M.-A. Frison-Roche, 2002.

⁴⁸¹ Adde GRIMALDI (C.), « L'analyse structurale de la règle de droit au service du juge », *D.* 2007, chron. p. 1448.

⁴⁸² À l'exception des titres émis par les sociétés cotées pour lesquels la procédure d'agrément n'est pas applicable (v. *supra* n° 43).

⁴⁸³ V. *supra* n° 89.

⁴⁸⁴ V. *infra* n° 143 et *infra* n° 145.

⁴⁸⁵ V. *supra* n° 131.

Enfin, celle-ci s'inscrirait plus largement dans le mouvement de rapprochement des formes sociales existant actuellement en droit des sociétés⁴⁸⁶, lequel semble propice à l'élaboration d'une *summa divisio*, de plus en plus souhaitée, entre les sociétés non cotées et celles cotées ou, autrement dit, entre les sociétés fermées et celles ouvertes⁴⁸⁷.

141. La méthode pour consacrer ce principe et ses avantages. Une fois cette solution admise, une seconde question succède à la première. Concrètement, comment s'exprimerait ce principe ? Afin de contrarier la pratique actuelle, celui-ci pourrait être inscrit dans le Code civil à la suite de l'article 1841, lequel distingue les sociétés autorisées à émettre des titres financiers ou négociables, et les autres⁴⁸⁸. Il est ainsi possible d'imaginer que la présupposition visée prenne la forme d'une consécration générale de l'existence de l'*intuitu personae*, en droit des sociétés non cotées. Cette nouvelle disposition affirmerait comme hypothèse, le caractère déterminant dans l'engagement des associés de la considération de leur personnalité, pour toutes les sociétés n'étant pas autorisées à procéder à une offre au public de titres financiers, sans pour autant exclure celles

⁴⁸⁶ Pour un rapprochement des sociétés de capitaux et des sociétés de personnes, v. notamment : THEIMER (A.), « Les apports en industrie dans une société par actions simplifiée », *Dr. sociétés* 2009, n° 11, étude 14 ; MALECKI (C.), « Le remaniement du régime des clauses d'agrément par l'ordonnance n° 2004 – 604 du 24 juin 2004 », *D.* 2004, p. 2775 ; - , « Le nouveau visage de la SA non cotée : une lente mutation vers une société d'actionnaires », *Rép. sociétés Dalloz, Cahiers de l'actualité*, 2004-2, p. 4 ; MAGNIER (V.), « Les actions de préférence : à qui profite la préférence », *D.* 2004, p. 2559, *spéc.* n° 2 : « Liberté contractuelle, retour à une certaine forme d'*intuitus personae*, tout ceci est induit par l'idée même de préférence ». Un mouvement identique fut constaté à l'occasion de la réforme des sociétés de capitaux en Italie, v. à ce propos : GAILLET (A.-M.), « Le nouveau droit des sociétés de capitaux en Italie », *JCP E* 2004, 200. *Adde* PASCUAL (I.), « La prise en considération de la personne physique dans le droit des sociétés », *RTD com.* 1998, p. 273 ; REIGNÉ (P.) et DELORME (T.), « Réflexions sur la distinction de l'associé et de l'actionnaire », *D.* 2002, *chron.* p. 1330.

Pour un rapprochement des SARL et des sociétés de capitaux à l'occasion de l'autorisation d'émettre des obligations, v. notamment : MONNET (J.), « SARL et l'ordonnance du 25 mars 2004 : une véritable réforme », *Dr. sociétés* 2004, étude 9.

Et pour un rapprochement des SARL des SNC, v. LECOURT (A.), « Le nouveau régime de la transmission des parts sociales de la SARL suite au décès d'un associé », *Dr. sociétés* 2005, p. 7.

Comp. pour l'élargissement du champ d'application de certaines mesures à l'ensemble des sociétés, v. par exemple : Focus, « La loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités et le droit des sociétés », *Dr. sociétés* 2006, alerte 35. Le nouvel article 831 du Code civil relatif à l'attribution préférentielle élargit son champ d'application à l'ensemble des droits sociaux et non plus seulement aux parts sociales.

⁴⁸⁷ Depuis une dizaine d'années, le législateur a tendance à créer, en droit des sociétés, des règles particulières destinées à favoriser les petites et moyennes entreprises. Un auteur a pu en conclure que « le paysage français se redessine ainsi peu à peu, plutôt maladroitement, le régime juridique des petites entreprises se distinguant de plus en plus nettement de celui des poids-lourds de l'économie nationale, ouverts au marché et s'inscrivant dans des structures complexes et multinationales » (GROSCLAUDE (L.), « La location de droits sociaux : le coup d'épée dans l'eau de la loi du 2 août 2005 », *Revue Lamy Droit des affaires* 2006, n° 1, p. 10. Et également en ce sens, la conclusion du professeur Malecki : « L'ordonnance du 24 juin 2004 centrée essentiellement sur les valeurs mobilières a réservé une place non négligeable à ce désormais fameux *intuitus personae* déjà mis en évidence dans la SA non cotée. Ce constat est récurrent et ne fait qu'accentuer la mutation indicible que subit la SA non cotée en ce début de XXI^{ème} siècle. Deux types de SA émergeront : les SA cotées, monde désincarné et complexe des valeurs mobilières dans lequel le principe de la négociabilité sera essentiel, et les SA non cotées, monde plus humain dans lequel la personne de l'actionnaire sera entourée d'attentions particulières. C'est peu dire que la fiabilité du dispositif dépendra en grande partie de la rédaction des statuts » (MALECKI (C.), « Le remaniement du régime des clauses d'agrément par l'ordonnance n° 2004 – 604 du 24 juin 2004 », *D.* 2004, p. 2775, *spéc.* n° 21). V. également : CONAC (P.-H.), « La distinction des sociétés cotées et non cotées », *Rev. sociétés* 2005, p. 67.

Adde déjà : FRISON – ROCHE (M.-A.), « La distinction entre sociétés cotées et sociétés non cotées, in *Mélanges AEDBF-France*, Banque éditeur, 1997, p. 189 ; BOIZARD (M.), *La distinction de la société cotée et de la société non cotée comme summa divisio du droit des sociétés*, Paris II, 1998.

⁴⁸⁸ L'article 1841 du Code civil dispose que : « Il est interdit aux sociétés n'y ayant pas été autorisées par la loi de procéder à une offre au public des titres financiers ou d'émettre des titres négociables, à peine de nullité des contrats conclus ou des titres émis ».

dont les titres sont négociables et nominatifs⁴⁸⁹. De ce présumé se déduirait alors la nécessité de soumettre les mouvements de leurs droits sociaux à l'agrément, sauf exceptions légales. Ces nouvelles dispositions présenteraient plusieurs avantages.

D'une part, la consécration de l'*intuitu personae* sous la forme d'un principe général éviterait de définir cette notion évanescence par nature, et dont l'existence se déduit actuellement par une lecture minutieuse de la loi ou des statuts ; les mobiles de la participation des associés, engagement *intuitu personae* ou simple investissement, étant par ailleurs rarement explicites⁴⁹⁰.

D'autre part, elle permettrait d'inclure, dans son champ d'application, les sociétés autorisées à émettre des titres négociables lesquelles sont, du fait de cette caractéristique, présumées indifférentes à la considération de la personne des actionnaires. Or, si historiquement la libre négociabilité des actions et l'indifférence de la personne de l'actionnaire étaient liées puisque, de cette dernière dépendait leur circulation sans entrave, aujourd'hui, la possibilité de les céder ne devrait plus préjuger du contenu du pacte social. La pratique a depuis toujours contrarié cette corrélation par l'insertion de clauses d'agrément⁴⁹¹. Néanmoins, afin d'établir un juste équilibre entre la nécessité de préserver l'identité du groupement et le principe de la libre négociabilité, l'affirmation d'un *intuitu personae* de principe dans les sociétés non cotées nécessiterait de prévoir l'éventualité de sa contradiction par les statuts. Ainsi, *de lege feranda*, le droit spécial des sociétés préciserait ponctuellement la supplétivité de ce principe, par une autorisation des statuts à déroger à l'application obligatoire de l'agrément⁴⁹². La pratique actuelle serait alors inversée : la loi autoriserait, non plus la stipulation d'une clause d'agrément, mais sa dispense.

Enfin, en dépit d'un retour à un certain autoritarisme législatif, cette inversion présenterait l'avantage d'améliorer l'intelligibilité de la loi par l'énoncé d'un principe unique, accompagné d'exceptions très ponctuelles. Ce nouveau droit commun de l'agrément permettrait ainsi d'annihiler la plupart des causes de son contentieux.

⁴⁸⁹ Le texte légal pourrait être rédigé de la façon suivante : « La considération de la personne des associés influe sur la formation et le fonctionnement des sociétés non autorisées par la loi à procéder à une offre au public de titres financiers, y compris celles dont les titres sont négociables. »

⁴⁹⁰ Par exemple, une banque peut être associée à la société le temps d'un financement et se rémunérer par le versement de dividendes, son absence d'*intuitu personae* ne fait pas de doute. Plus généralement, v. *supra* n° 19 et s.

⁴⁹¹ V. *supra* n°31 et s.

⁴⁹² V. *supra* n° 145.

II. Un dirigisme protecteur.

142. Plan. Le principe proposé est certes dirigiste, mais il serait aussi protecteur à un double titre : par un contrôle obligatoire des bénéficiaires des droits sociaux (A) et par une simplification des textes (B), il limiterait les risques de contentieux.

A. Un contrôle obligatoire.

143. Un ordre public gage de sécurité juridique. Comme en d'autres matières, l'ordre public du droit des sociétés connaît des flux et des reflux⁴⁹³. Or consacrer le principe d'un agrément applicable obligatoirement semble contredire la tendance libérale initiée depuis l'avènement de la SAS⁴⁹⁴. En réalité, l'autorité de ce principe n'est pas pour autant synonyme de rigorisme. Il ne s'agit pas tant de forcer l'application d'une nouvelle règle que de révéler l'existence d'un principe de l'essence des sociétés non cotées ; ces principes appartenant de par leur nature à l'ordre public sociétaire⁴⁹⁵.

De plus, si la législation de la SAS est appréciée pour sa souplesse, sa concision n'en est pas moins dangereuse lorsqu'elle est mal maîtrisée⁴⁹⁶ : la liberté accordée implique que ses utilisateurs connaissent parfaitement les frontières de cet ordre public sociétaire. Une dangerosité comparable existe en matière d'agrément, mais celle-ci réside au contraire dans une législation trop tatillonne. À cet égard, une problématique courante consiste à se demander comment traiter une situation qui ne fut pas envisagée par la loi. Ce vide juridique s'analyse-t-il comme un espace de liberté contractuelle ? Mais, à l'instar du législateur, les parties peuvent également ne pas avoir anticipé tous les événements susceptibles de modifier l'interprétation de leurs clauses.

- En premier lieu, s'agissant du manque d'anticipation du législateur, l'exemple le plus démonstratif est celui de la fusion. Ultérieurement, il sera constaté que la loi ne vise pas cette

⁴⁹³ V. *supra* n° 31 et s.

⁴⁹⁴ V. notamment en ce sens : SCHLUMBERGER (E.), « Réflexions sur la liberté contractuelle dans la SAS », in *Mélanges en l'honneur de Michel Germain*, LexisNexis – Lextenso, 2015, p. 767, *spéc.* n° 2.

⁴⁹⁵ Pour plus de précision sur le fondement juridique de ce principe, v. *infra* n° 155 et s.

Adde BUCHBERGER (M.), « L'ordre public sociétaire », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Germain*, LexisNexis – Lextenso, 2015, p. 181, *spéc.* n° 13 : « La doctrine insiste sur l'existence de grands principes qui s'imposent notamment parce qu'ils sont de l'essence des sociétés ou de certaines d'entre elles. À ce titre, ils font partie de l'ordre public sociétaire. Ces grands principes n'ont pas besoin d'assise textuelle pour s'imposer, bien qu'au fil des différentes réformes nombre d'entre eux aient été intégrés dans les dispositions relatives aux sociétés ».

⁴⁹⁶ SCHLUMBERGER (E.), *art. préc.*, *spéc.* n° 19.

Adde LE CANNU (P.), « La SAS : un cadre minimal », *Rev. sociétés* 2014, p. 543 ; PÉRIN (L.), « Les mystères de la SAS ou vingt ans après », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Germain*, LexisNexis – Lextenso, 2015, p. 667.

situation⁴⁹⁷. Or, comment interpréter ce silence ? La cession, fait générateur le plus couramment cité par les textes, doit-elle s'entendre largement ou strictement⁴⁹⁸ ?

- En second lieu, les associés peuvent ne pas avoir anticipé les lacunes légales, mais aussi, les événements de la vie susceptibles de les affecter : mésentente, rupture, décès, etc. Par exemple, comment interpréter une clause admettant l'agrément du conjoint d'un associé, alors que cette personne est susceptible d'avoir changé entre le moment de la rédaction de la clause et sa mise en œuvre⁴⁹⁹ ? Ou encore, la clause d'agrément visant la transmission des droits sociaux, par suite du partage du régime matrimonial d'un associé, est-elle susceptible d'être interprétée comme incluant toutes les opérations faites au profit du conjoint à l'instar d'un avantage matrimonial⁵⁰⁰ ?

Une fois de telles incertitudes soulignées, les utilités de substituer un agrément généralisé à la législation en vigueur apparaissent. En présence d'une situation non-identifiée par la loi ou par les statuts, alors, le vide juridique sera comblé par l'application de ce principe cardinal. En outre, si un doute subsiste, la *ratio legis* en la matière sera clairement déterminée : l'objectif de la nouvelle norme étant avant tout de protéger l'*intuitu personae* inhérent au groupement. Ainsi la fonction préventive de l'agrément en sortirait-elle renforcée. Un contrôle obligatoire, et donc automatique, est un gage de sécurité car il limite le risque subreptice qu'une personne n'entre dans la société, ou ne modifie sa position dans le capital social à l'insu des associés⁵⁰¹. Il permet d'éviter que, le cas échéant, ces derniers ne puissent échapper à la situation subie que par la recherche *a posteriori* d'un motif d'exclusion de cette personne, ou d'une faille relative à l'inexécution de la procédure d'agrément et, corrélativement, qu'ils subissent les inconvénients liés à l'exercice d'une action en justice. Il se déduit alors une seconde utilité à l'automatisme de ce principe : celle de limiter les sources de contentieux. Ce dernier serait d'autant plus limité que l'adoption d'un agrément obligatoire réaliserait une simplification des textes, non seulement au fond, mais en termes de quantité également.

⁴⁹⁷ V. *infra* n° 257 et s.

⁴⁹⁸ L'affaire Yves Rocher illustre les aberrations auxquelles peuvent mener les hésitations des juges sur cette question. En l'espèce, la clause d'agrément des statuts de la société mère fut jugée inefficace car ne visant que les « cessions ». Tandis que la licéité de la clause de sa filiale fut au contraire admise car mentionnant dans son champ d'application les « transmissions ». Si d'un point de vue strictement juridique, cette appréciation littérale des clauses est correcte, en revanche, il est choquant, en pratique, que la filiale soit davantage protégée que la société mère contre l'intrusion d'un tiers (v. *infra* n° 204-2, 263 et s.).

⁴⁹⁹ V. spécialement à propos de la clause de continuation, éventuellement doublée d'une clause d'agrément : *infra* n° 297.

⁵⁰⁰ Refusant l'assimilation d'un transfert réalisé en vertu d'un avantage matrimonial à une liquidation de communauté : CA Colmar, 1^{ère} ch. civ., sect. A, 8 octobre 2014, n° 12/04756, Metz épouse Girondel c/ Hartze, *Dr. sociétés* 2015, n° 1, comm. 4, obs. (H.) HOVASSE.

V. à propos de la nécessité de stipuler une clause spéciale visant la revendication de la qualité d'associé par le conjoint commun en biens (*infra* n° 211).

⁵⁰¹ Reste toujours l'hypothèse de la fraude qui ne sera souvent détectée qu'une fois la manœuvre réalisée (v. *infra* n° 586).

B. Une simplification des textes.

144. « Grâce à [la construction juridique], un principe dirigeant gouvernera les cas les plus inattendus de litiges »⁵⁰². En droit positif, déterminer quelle est la source de l'agrément est un exercice complexe⁵⁰³. Au-delà d'une supposée dualité correspondant à la nature des droits sociaux, parts sociales ou titres négociables, cette source est corrélée à la nature de ses faits générateurs, ainsi qu'à la qualité du bénéficiaire de l'opération juridique en question. S'ajoute à cela la nécessité d'une analyse précise des textes de chaque structure sociétaire. Car cette source, qu'elle soit légale ou conventionnelle, est susceptible de varier d'une société à une autre pour un même fait générateur de l'agrément, mais aussi, pour un même bénéficiaire. La démarche actuelle consiste ainsi à rechercher pour chaque société, quelle est la force obligatoire de l'agrément, laquelle débouche parfois sur des résultats surprenants⁵⁰⁴. Une particulière vigilance des statuts est dès lors requise afin d'anticiper le risque qu'un tiers n'entre par mégarde. Le cas échéant, il sera difficile d'exclure cet indésirable.

De plus, si le législateur a voulu faciliter les transmissions familiales⁵⁰⁵, la liberté de céder les droits sociaux aux descendants, aux ascendants, ou au conjoint d'un associé ne se justifie pas au regard de l'*intuitu personae*. En effet, autoriser ce transfert sans agrément facilite certes ces transmissions, mais cela aboutit à poser le principe selon lequel, le lien filial ou matrimonial de ces personnes avec le défunt les rend apte à devenir associés. Si ce postulat se comprend à l'égard de l'associé défunt, il ne se comprend pas en revanche à l'égard de ses coassociés : pour eux, la subjectivité de la notion d'*intuitu personae* est susceptible d'impliquer bien d'autres qualités que les liens précités⁵⁰⁶.

Par conséquent, la démarche la plus utile et la plus juste consisterait à inverser la politique législative menée jusqu'à présent. Plutôt que de déterminer légalement, au cas par cas, les personnes présentant ou non des rapports *intuitu personae* avec la société, il serait plus approprié

⁵⁰² THALLER (E.), cité par (F.) GÉNY, *Science et technique en droit positif*, t. 3 (*élaboration technique du droit positif*), Sirey, 1921, p. 180.

⁵⁰³ Sur ce point, v. *supra* n° 90 et s.

⁵⁰⁴ À titre d'illustration de cette complexité, le droit de la société civile et celui de la SARL peuvent être comparés. En cas de cession entre associés, par exemple, l'agrément est d'origine légale mais supplétif de volonté pour la société civile (C. civ., art. 1861, al. 2), tandis qu'il est d'origine statutaire pour la SARL (C. com., art. L. 223-16). Une constatation similaire existe à propos du projet de cession au profit du conjoint d'un associé : son agrément est légal et supplétif de volonté en présence d'une société civile, mais au contraire, d'origine statutaire en présence d'une SARL. Or ces différences n'ont aucune justification sur le plan de l'*intuitu personae*. Pourquoi le conjoint d'un associé d'une SARL serait-il plus apte que celui d'une société civile à acquérir la qualité d'associé ? Au-delà des différences entre ces deux sociétés, une autre difficulté existe lorsque le conjoint peut revendiquer la qualité d'associé pour la moitié des parts sociales : les précédentes clauses ne lui sont pas opposables. En effet, il résulte des débats parlementaires la nécessité de stipuler une clause visant expressément cette hypothèse (v. *infra* n° 211).

⁵⁰⁵ V. *supra* n° 125 et s.

⁵⁰⁶ Pour la notion d'*intuitu personae*, v. *supra* n° 14 et s.

de laisser le soin de cette détermination à ses premiers intéressés : les associés. La loi n'accorderait alors qu'un droit ponctuel à chaque société de renverser le principe de l'agrément. En outre, matériellement, un seul texte remplacerait une multitude, la simplification réalisée de la sorte permettrait d'améliorer l'intelligibilité du droit, sous réserve d'exceptions propres à chaque société. Ainsi l'insertion de ce principe général au sein du droit commun des sociétés s'accompagnerait-elle de l'inscription d'exceptions au sein de son droit spécial.

§ II. Des exceptions ponctuelles conformes aux caractéristiques de chaque société.

145. Plan. Le principe de l'agrément obligatoire ne saurait être absolu. Il doit être assorti d'exceptions, lesquelles consistent à autoriser les statuts à dispenser certaines personnes de son application (I). Toutefois, cette liberté nécessite elle aussi d'être encadrée ; elle se mesure au degré d'*intuitu personae* caractérisant actuellement chaque société (II).

I. Une liberté de supprimer l'agrément obligatoire.

146. Une indication inverse au degré de l'*intuitu personae* inhérent à chaque forme sociale. Conformément au souhait du législateur, les corrélations actuelles entre la source de l'agrément et la qualité de l'ayant droit de l'associé cédant caractérisent le degré d'*intuitu personae* de chaque société⁵⁰⁷. Or, les supprimer totalement reviendrait à faire de toutes les sociétés des groupements aussi fermés qu'une SNC, alors même que l'impérativité de son agrément est essentiellement justifiée par la responsabilité illimitée et solidaire des associés⁵⁰⁸.

Ces spécificités nécessitent donc d'être conservées afin de ne pas verrouiller totalement le capital de l'ensemble des sociétés. Mais pour sécuriser le dispositif légal de l'agrément, il est alors nécessaire qu'intervienne le jeu subtil de la combinaison des règles impératives et supplétives de volonté⁵⁰⁹. À cette fin, une correction des principes et des exceptions actuels s'impose, c'est-à-dire, généraliser la possibilité pour les statuts de supprimer l'agrément proposé⁵¹⁰ plutôt que de

⁵⁰⁷ Et souvent afin de favoriser les règlements familiaux, v. *supra* n° 89.

⁵⁰⁸ V. *supra* n° 93.

⁵⁰⁹ V. notamment : CONVERT (L.), *L'impératif et le supplétif en droit des sociétés – Étude de droit comparé Angleterre, Espagne, France*, préf. B. Saintourens, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, t. 374, 2003 ; SCHILLER (S.), *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés. Les connexions radicales*, préf. F. Terré, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, t. 378, 2002 ; SCHRYVE (L.), *L'ordre public et le droit des sociétés*, thèse Lille 2, 2009.

Adde GUYON (Y.), « Liberté contractuelle et droit des sociétés », *RJ com.* 2003, p. 147.

⁵¹⁰ À propos de l'instauration d'un agrément général et obligatoire, v. *supra* n° 139 et s.

leur accorder la liberté de le stipuler. Une telle démarche n'est d'ailleurs pas inconnue du droit positif : elle existe à l'égard des associés d'une société civile et du conjoint de l'un d'eux, ainsi qu'à l'égard des commanditaires d'une société en commandite simple⁵¹¹. Ces exceptions permettront alors aux sociétés de graduellement s'ouvrir, selon le degré plus ou moins fort d'*intuitu personae* que reflètent les dispositions légales actuelles⁵¹².

II. Une liberté progressive selon le degré supposé d'*intuitu personae* de chaque société.

147. Un principe à force variable. Si un classement des sociétés selon l'importance de leur *intuitu personae* devait être établi, il serait le suivant : la société en nom collectif, la société en commandite simple, les sociétés réglementées, la société civile, la société à responsabilité limitée, la société en commandite par actions, la société anonyme, la société par actions simplifiée et, enfin, la société européenne. Cette importance se déduit de la corrélation faite par la loi entre la force obligatoire de l'agrément et la qualité des bénéficiaires de certaines opérations juridiques ; l'accent étant porté sur la qualité de ces personnes plutôt que sur la nature des opérations juridiques⁵¹³. Le maintien de ces caractéristiques sous forme de dérogations dans le droit prospectif nécessite d'être envisagé tour à tour.

148. La SNC. En premier lieu, s'agissant de cette société, l'agrément est actuellement impératif en cas de cession de droits sociaux⁵¹⁴. En présence d'une succession, le droit n'est pas davantage permissif : la société ne peut survivre que par la stipulation d'une clause de continuation, éventuellement doublée d'une clause d'agrément⁵¹⁵. Dès lors, afin d'unifier son régime, aucune possibilité de soustraction à cet agrément obligatoire ne devrait être permise pour la SNC, que cela soit en présence d'une cession ou d'une succession⁵¹⁶. *De lege feranda*, sa force obligatoire serait donc toujours impérative.

149. La société en commandite simple. En second lieu, *de lege lata*, les associés de cette société peuvent dispenser de l'agrément les cessions faites par les commanditaires aux autres

⁵¹¹ V. *supra* n° 95 et n° 106. C. civ., 1861, al. 2 ; C. com., L. 222-8, II, 1°.

⁵¹² V. *supra* n° 89.

⁵¹³ La simplification des faits générateurs de la procédure d'agrément sera envisagée au titre suivant, v. *infra* n° 269 et s.

⁵¹⁴ C. com., art. L. 221-13. V. *supra* n° 93.

⁵¹⁵ C. com., art. L. 221-15. V. *supra* n° 113.

⁵¹⁶ V. pour la proposition de supprimer le principe de la dissolution de la SNC, v. *infra* annexe.

Pour l'unification des faits générateurs, v. *infra* n° 269 et s.

associés, commanditaires ou commandités⁵¹⁷. En revanche, rien n'est prévu à l'égard des transmissions successorales⁵¹⁸. *De lege feranda*, puisque le principe proposé a pour finalité d'unifier la source de l'agrément, tout en respectant la physionomie actuelle des sociétés, sa force obligatoire serait toujours impérative. Sauf, toutefois, à l'égard des transferts réalisés au profit de leurs coassociés, par les commanditaires, pour lesquels l'agrément sera supplétif de volonté, c'est-à-dire, qu'il sera applicable, en l'absence de stipulation contraire des statuts. *Quid* des sociétés réglementées ?

150. Les sociétés réglementées. En troisième lieu, s'agissant des sociétés réglementées, il se déduit actuellement des textes l'exigence d'un agrément à l'égard des tiers, tout en laissant la possibilité aux statuts de stipuler un agrément en cas de transfert entre associés⁵¹⁹.

Toutefois, il existe quelques dispositions discordantes. Par exemple, celle relative aux sociétés de presse par actions pour lesquelles la loi exige sans aucune distinction que : « Toute cession est soumise à l'agrément [...] »⁵²⁰. Ou encore, celle relative aux sociétés d'exercice libéral à forme anonyme pour lesquelles, lors de leur adoption, les débats parlementaires ont délibérément exclu la possibilité de soumettre les successions à l'application d'un agrément, et cela, afin de se conformer au droit commun des sociétés par actions⁵²¹.

De plus, s'agissant des successions, quelques dispositions mentionnent que les ayants cause de l'associé décédé n'acquiert pas la qualité d'associé⁵²², ou obligent ces derniers à céder les droits sociaux hérités, à une personne exerçant la profession réglementée en question⁵²³. Ces dispositions consacrent certes une intéressante distinction du titre et de la finance⁵²⁴, mais l'application d'un agrément obligatoire limiterait, à l'avenir, la nécessité de la mentionner ponctuellement.

Ainsi, *de lege feranda*, afin d'unifier le droit de l'agrément de ces sociétés, un choix doit être réalisé entre l'adoption de mesures ponctuelles pour chacune d'elles, ou l'adoption d'un droit commun applicable à leur ensemble. Or, la logique de la proposition n'étant pas de détailler le droit pour chaque société, un consensus conforme à leur majorité nécessitera d'être adopté. Cette

⁵¹⁷ V. *supra* n° 109.

⁵¹⁸ V. *supra* n° 119.

⁵¹⁹ La formule type actuelle dans ces sociétés est « l'adhésion d'un nouvel associé » (v. *supra* n° 103 et n° 111).

⁵²⁰ L. 1^{er} août 1986, art. 4.

⁵²¹ L. n° 90-1258 du 31 décembre 1990, art. 10.

⁵²² L. n° 66-879 du 29 novembre 1966 relative aux sociétés civiles professionnelles, art. 24. V. *supra* n° 111.

Pour la comparaison des tiers étrangers aux tiers dits « proches » de l'associé, v. *supra* n° 236 et s.

⁵²³ C. com., art. L. 822-9 (sociétés de commissaires aux comptes).

⁵²⁴ V. *supra* n° 111 et *infra* n° 458.

solution majoritaire consisterait alors à imposer l'agrément, sauf à l'égard des opérations réalisées entre associés, pour lesquelles il serait supplétif de volonté⁵²⁵. Cette supplétivité protégerait ainsi les sociétés pour lesquelles la force obligatoire de l'agrément était la plus étendue comme, par exemple, les sociétés de presse par actions. Il leur appartiendrait, alors, de ne pas stipuler la dispense de l'agrément en cas de cession entre associés. Le cas échéant, ces sociétés le feraient à leurs risques et périls, spécialement en cas de cession de contrôle d'un associé-personne morale⁵²⁶. Un danger similaire pèserait sur la société civile et la SARL, si les statuts dispensent superficiellement certaines personnes de l'agrément légal.

151. La société civile et la SARL. En quatrième lieu, à un degré d'ouverture supérieur se trouvent la société civile et la SARL. Pour ces sociétés, l'importance de l'*intuitu personae* semble approximativement équivalente. En effet, pour chacune d'elles, l'agrément est toujours impératif à l'égard des tiers étrangers⁵²⁷. Les cessions entre associés sont favorisées par l'application d'un agrément supplétif de volonté dans la société civile⁵²⁸, et un agrément statutaire dans la SARL⁵²⁹. Enfin, le législateur a voulu faciliter les règlements familiaux dans ces deux sociétés, qu'il s'agisse d'une cession ou d'une transmission à l'égard du conjoint, d'un ascendant, d'un descendant⁵³⁰, des héritiers ou des légataires⁵³¹. Dès lors, la synthèse suivante s'impose : ces sociétés nécessitent d'être totalement hermétiques aux tiers étrangers. Mais les transferts au profit des associés et de certains tiers proches doivent aussi être facilités. Ainsi le nouveau droit de l'agrément devrait-il être impératif à l'égard des tiers, et supplétif à l'égard des personnes actuellement privilégiées pour recueillir les parts sociales⁵³². Cette liberté leur laisserait, par exemple, l'opportunité d'insérer une clause tontinière afin de faciliter les transmissions, tout en préservant le caractère familial de la société⁵³³.

Plus précisément, afin de qualifier ces tiers proches de l'associé, et de contourner la nécessité de les citer, ou même de les définir, au cas par cas, la mention de leurs liens juridiques avec ce dernier pourrait être envisagée.

⁵²⁵ Pour la proposition de texte faite, v. *infra* annexe.

⁵²⁶ V. *infra* n° 199 et s.

⁵²⁷ C. civ., art. 1861, al. 1^{er} et 2 (société civile) ; C. com., art. L. 223-14, al. 1^{er} (SARL). V. *supra* n° 95 et s.

⁵²⁸ C. civ., art. 1861, al. 2.

⁵²⁹ C. com., art. L. 223-13.

⁵³⁰ C. com., art. L. 223-13 (SARL), v. *supra* n° 96.

⁵³¹ C. civ., art. 1870 (société civile), v. *supra* n° 115.

⁵³² Pour la proposition de texte, v. *infra* annexe.

⁵³³ « La tontine, convention par laquelle plusieurs personnes, ayant chacune apporté des capitaux qu'elles ont placés en rentes, stipulent qu'au décès de chacune d'elles, la rente du prémourant profitera aux survivants » (MERLE (Ph.), avec la collaboration de FAUCHON (A.), *Droit commercial, Sociétés commerciales*, Dalloz, coll. Précis, 19^{ème} éd., 2016, p. 51, note de bas de page n° 5 et les nombreuses références doctrinales citées).

- D'abord, plutôt que de mentionner le conjoint ou la liquidation de la communauté de biens entre époux comme l'énonce l'article L. 223-13 du Code de commerce, l'exigence d'un lien matrimonial avec l'associé serait, semble-t-il, plus appropriée car plus large. En effet, le mot « matrimonial » fait référence à l'existence d'un régime matrimonial entre l'associé et son conjoint, sans préciser sa nature. Cette mention permettrait, en outre, d'englober deux faits générateurs différents que sont la cession et la liquidation du régime matrimonial. En revanche, le lien juridique issu de la conclusion d'un contrat de mariage n'inclut pas le PACS. Sa mention expresse *de lege feranda* serait donc requise. S'agissant du lien de l'associé avec ses descendants ou ses ascendants, celui-ci pourrait simplement être qualifié de « filial », excluant alors les parentés par alliance⁵³⁴.

- Ensuite, s'agissant des héritiers et des légataires, leur qualité suscite en droit positif quelques interrogations. Pour certaines sociétés, il n'est spécifié que la transmission aux héritiers⁵³⁵. Pour d'autres, la loi est plus large et vise les hypothèses de succession⁵³⁶. L'avantage de la généralité de ce dernier énoncé est d'inclure à la fois les héritiers et les légataires, universels ou à titre particulier, sans s'interroger sur la portée de l'un ou l'autre de ces termes. Dès lors, la mention d'un lien successoral avec l'associé pourrait mettre fin à ces questionnements.

En résumé, à l'énumération légale de chacun des proches de l'associé, *de lege feranda*, se substituerait l'exigence abstraite d'un lien juridique entre l'associé et ces personnes, lequel pourrait être matrimonial, filial, successoral, ou issu d'une convention de PACS⁵³⁷.

- Enfin, s'agissant de la mention de la qualité d'associé, sa définition ne suscite actuellement plus de problème par comparaison à celle d'un tiers⁵³⁸. De plus, l'absence de parti pris quant au débat doctrinal concernant cette qualité est une source d'adaptabilité pour le droit, spécialement prétorien. Ces spécificités sont néanmoins propres à la société civile et à la SARL. Aucune distinction de la sorte ne serait nécessaire pour les sociétés par actions, ce qui contribuerait largement à la simplification du droit.

152. Les sociétés par actions. En dernier lieu, le droit positif gouvernant les sociétés par actions semble *a priori* plus simple : leur cessibilité étant gouvernée par le principe de la libre négociabilité, le transfert de ces titres ne devrait pas connaître de contraintes. Or la législation s'avère en réalité assez complexe, spécialement le droit commun des sociétés par actions figurant

⁵³⁴ V. à propos de l'exclusion du gendre d'un associé comme n'étant pas un ascendant ou un descendant, *supra* n° 239.

⁵³⁵ C. com., art. L.223-13 (SARL).

⁵³⁶ C. com., art. L. 228-23 (droit commun des sociétés par actions).

Pour l'ensemble de ces interrogations, v. *supra* n° 250.

⁵³⁷ Pour la proposition de texte, v. *infra* annexe.

⁵³⁸ Pour l'arrêt ayant eu à distinguer ces qualités, v. *supra* n° 110.

à l'article L. 228-23 du Code de commerce. En effet, si l'agrément est toujours statutaire vis-à-vis des tiers et des associés, en revanche, celui-ci « est écarté en cas de succession, de liquidation du régime matrimonial ou de cession, soit à un conjoint, soit à un ascendant ou à un descendant »⁵³⁹, sauf lorsque ces actions sont réservées à des salariés⁵⁴⁰. Au contraire, la législation spéciale de la SAS et celle de la société européenne ne font aucune mention de spécificités liées à la qualité des bénéficiaires des actions. Elles semblent dès lors plus conformes au principe de la libre négociabilité.

En outre, une question subsiste quant au champ d'application de la clause d'agrément d'une SAS car la loi ne mentionne à leur égard que les « cessions »⁵⁴¹. La clause visant les successions serait-elle alors illicite ? Il le semble, car cette clause contrarie le droit commun des actions s'appliquant, faute de disposition spéciale⁵⁴².

Ainsi convient-il, *de lege feranda*, d'unifier les dispositions applicables à ces titres conformément à la vocation initiale de son droit commun. Le principe les caractérisant étant celui de la libre négociabilité des titres, celui-ci doit nécessairement guider leur unification. Puisqu'ils ont vocation à circuler dans l'ensemble des sociétés, alors il conviendra de leur permettre de s'ouvrir totalement, spécialement s'il s'agit de sociétés anonymes désireuses de procéder à une offre publique de leurs titres. Et inversement, l'agrément sera toujours supplétif de volonté⁵⁴³. Le cas échéant, maintenir les particularités du droit commun contrarierait le dispositif de la SAS et celui de la société européenne pour lesquels il n'existe actuellement aucune distinction selon la qualité des ayants droit. Inverser ces législations serait plus logique : celle de ces deux sociétés étant plus générale que le droit commun. De plus, de telles distinctions seraient contraires à la vocation universelle du principe de l'agrément obligatoire, celui-ci ayant pour objectif de redonner le pouvoir aux associés de définir l'*intuitu personae* de leurs rapports. Par conséquent, ce droit prospectif exclurait, également, le cas spécifique de l'opposabilité des clauses d'agrément, en cas de cession d'actions aux salariés, laquelle est plutôt symptomatique d'une conception institutionnelle de la société, davantage adaptée aux sociétés cotées. Au contraire, pour les sociétés non cotées, le choix de faire participer les salariés au capital social doit revenir à la gouvernance plutôt que d'être imposé par une politique législative.

⁵³⁹ C. com., art. L. 228-23, al. 3.

⁵⁴⁰ C. com., art. L. 228-23, al. 4.

⁵⁴¹ C. com., art. L. 227-14.

⁵⁴² V. pour les doutes à ce propos, *supra* n° 129.

⁵⁴³ Pour la proposition de texte, v. *infra* annexe.

153. Observations conclusives du II. La proposition d'instituer un agrément à force variable. La graduation des exceptions proposées respecte la spécificité de chaque catégorie de droits sociaux : les parts sociales ne seront pas cessibles aux tiers sans contrôle, tandis que les actions pourront ne connaître aucune contrainte si les statuts le décident. La distribution entre impérativité et supplétivité de l'agrément correspond alors précisément à leur nature duale, sous réserve de quelques exceptions visant les parts sociales de sociétés réglementées, lesquelles ont vocation à rester professionnelles, ainsi que les sociétés civiles et les SARL, dont le caractère familial est affirmé en droit positif.

Plus généralement, il est remarquable de constater que la précision du fait générateur n'est pas nécessaire, la seule mention de la nature des liens juridiques de l'associé avec certaines personnes suffit dans les hypothèses de supplétivité de l'agrément⁵⁴⁴. Au-delà de cette constatation au fond, formellement, l'entrée en vigueur de cette proposition nécessiterait d'abroger les textes existants ayant trait au domaine de la procédure d'agrément pour chaque forme sociale, et de les remplacer par l'énoncé des exceptions précitées⁵⁴⁵.

Enfin, ce nouvel ordonnancement porterait un coup d'arrêt à l'interventionnisme législatif dans un domaine qui relève de la liberté contractuelle. La suggestion formulée permettrait de redonner le pouvoir aux associés non seulement de définir leur *intuitu personae*, mais aussi de totalement le maîtriser. Celle-ci est, en outre, parfaitement justifiée par les fondements contractuels de la société, lesquels connaissent aujourd'hui un renouveau, corollaire de la moindre influence de la thèse institutionnelle sur le droit des sociétés.

Conclusion Section I. Une source dominée par un principe unitaire.

154. Le principe d'un agrément obligatoire. Le morcellement de la source de l'agrément est lié à divers facteurs. Le principal d'entre eux réside dans sa corrélation avec le degré supposé d'ouverture de la société aux tiers. Au sein même de chaque catégorie de sociétés, qu'elles soient dites de personnes ou de capitaux, le législateur a introduit diverses précisions corrélant ainsi la source de l'agrément avec ses faits générateurs, mais aussi, avec la qualité des bénéficiaires de l'opération juridique. Dès lors, il en résulte que l'agrément peut avoir une source différente, même s'il concerne des droits sociaux de même nature, transférés en vertu d'un même fait générateur, et destinés à un même bénéficiaire. Le droit apparaît alors peu accessible, car il

⁵⁴⁴ Pour l'unification proposée de ces faits générateurs, v. *infra* n° 269 et s.

⁵⁴⁵ V. en ce sens, les propositions faites en annexe.

convient de vérifier la source de l'agrément pour chaque société, au regard de l'opération juridique en cause et de la qualité des parties.

En la matière, l'objectif constitutionnel d'intelligibilité du droit semble loin des préoccupations du législateur ou, du moins, n'a-t-il pas conscience de la démarche minutieuse de vérification imposée de la sorte aux justiciables. Le chaos régnant sur ce pan du droit est d'autant plus regrettable que les enjeux sont importants : il s'agit principalement de préserver la société de l'entrée de tiers indésirables⁵⁴⁶. Car, le cas échéant, il sera très difficile de les exclure *a posteriori*.

Une révision relativement simple de cette législation est néanmoins concevable. Mis en évidence par Motulsky, le raisonnement induit par la règle de droit se compose de deux temps : elle constate d'abord une hypothèse, puis elle la solutionne. En l'espèce, l'hypothèse choisie pourrait être que toutes les sociétés sont susceptibles de requérir un agrément, y compris les sociétés dites de capitaux. La solution légale s'imposant alors à la suite de ce postulat est celle de la généralisation de l'agrément. À cet égard, l'obligation de l'appliquer se substituerait dans la loi à la possibilité actuellement offerte de le stipuler. Concrètement, la consécration de cette hypothèse et sa solution se traduirait dans le droit commun des sociétés par la reconnaissance de l'existence supposée de l'*intuitu personae*, dans toutes les sociétés dont les titres ne sont pas négociés sur un marché réglementé. En conséquence, il serait posé le principe d'une application obligatoire de l'agrément, sauf exception figurant dans le droit spécial des sociétés.

En effet, toutes les sociétés ne peuvent être aussi fermées qu'une SNC. Une libération de l'agrément nécessite d'être aménagée par la loi d'après la physionomie actuelle de chaque société, pour lesquelles l'importance de l'*intuitu personae* se déduit de la mention de la qualité des bénéficiaires de certaines opérations. Ainsi l'agrément sera-t-il plus ou moins supplétif de volonté, selon la nature des droits sociaux dont le transfert est envisagé, et la nature des liens juridiques unissant ses bénéficiaires à l'associé⁵⁴⁷. Le droit prospectif s'opposerait alors majoritairement au droit positif, tout en respectant la plus ou moins grande ouverture aux tiers de chaque société.

In fine, si le principe de la généralisation de l'agrément semble *a priori* dirigiste, il est néanmoins protecteur à un double titre. D'une part, il permettrait une meilleure anticipation des mouvements de droits sociaux. La dispense d'agrément résulterait d'une décision positive des associés, ne laissant plus prise aux aléas liés à l'interprétation de la loi et des clauses d'agrément⁵⁴⁸,

⁵⁴⁶ L'agrément permet aussi de maîtriser la composition du capital social, v. à propos de la source de l'agrément les concernant, *supra* n° 104 et s.

⁵⁴⁷ V. *supra* n° 89 et s.

⁵⁴⁸ V. *infra* n° 191 et s.

ainsi qu'aux risques de nullité pesant sur ces dernières⁵⁴⁹. Et, d'autre part, il simplifierait les textes. Cette amélioration de l'intelligibilité de la loi le rendrait non seulement plus accessible, mais elle limiterait, aussi, les causes de contentieux liées à son interprétation. En outre, ces dispositions correspondraient davantage à la réalité économique des sociétés, celles-ci se composant majoritairement de petites structures. Toutefois, conclure à la faisabilité de cette proposition d'unification n'est pas suffisant, encore faut-il qu'elle soit légitime.

Section II. Un principe issu de l'essence des sociétés fermées.

155. Plan. La proposition d'une généralisation de l'agrément paraît cohérente, mais est-elle pour autant légitime ? La réponse à cette question nécessite une analyse préalable : celle de savoir si l'agrément obligatoire est compatible avec l'opération juridique dont il n'est qu'une modalité. Il a été observé que les raisons de requérir un agrément dans le cadre du droit des sociétés correspondaient à celles requises par le droit des contrats, c'est-à-dire, à la nécessité d'approuver le changement du partenaire initial d'un contrat conclu *intuitu personae*⁵⁵⁰. Ce raisonnement par analogie suppose, toutefois, de faire prévaloir la qualification de la société en tant que contrat ou, tout au moins, de révéler son existence entre les associés au-delà du stade de la formation de leur groupement. Lever cette incertitude semble *a priori* anodin, mais déterminer la nature de l'opération dans laquelle s'insère l'agrément est néanmoins essentiel, puisque ce contexte influencera nécessairement sa propre nature, ainsi que son régime juridique⁵⁵¹ (§ I). Si ce postulat était avéré, alors la proposition faite serait totalement légitimée. En outre, celle-ci constituerait une solide base pour la construction d'un droit des sociétés fermées (§ II).

§I. L'agrément, un révélateur de la nature de la société.

156. Plan. L'alinéa 2 de l'article 1842 du Code civil dispose que : « Jusqu'à l'immatriculation [de la société], les rapports entre les associés sont régis par le contrat de société et par les principes généraux du droit applicables aux contrats et obligations ». *A contrario*, faut-il en déduire qu'après l'acquisition de la personnalité morale, le droit des contrats n'a plus d'influence sur les rapports entre les associés ? La consécration par la loi de l'agrément, lequel a pour but de préserver la notion

⁵⁴⁹ V. *infra* n° 293 et s., n° 592 et s.

⁵⁵⁰ V. *supra* n° 22.

⁵⁵¹ En ce sens, v. BERGEL (J.-L.), « Différence de nature = différence de régime », *RTD civ.* 1984, p. 255.

éminemment contractuelle qu'est l'*intuitu personae*, s'oppose à une réponse positive⁵⁵². Dès lors, si des rapports contractuels subsistent après l'immatriculation, cela signifierait-il que cette dernière ne transcende pas le contrat de société en une institution ? L'analyse de la nature de la société sous le prisme de l'agrément permet de répondre à cette question. Celle-ci sera cependant réduite, l'objet de la présente thèse n'étant pas d'étudier la nature de la société. À cette fin, les raisons du rejet de certaines opinions seront préalablement exposées avant d'exprimer celle retenue (I). *In fine*, certaines conclusions en seront tirées sur le contexte d'insertion de l'agrément et la légitimité de sa généralisation (II).

I. La recherche de la nature de la société.

157. Plan. Le Doyen Carbonnier classait le contrat de société parmi les trois « géants retors » du Code Napoléon à côté des contrats de vente et de louage⁵⁵³. Pourrait-il s'être trompé ? Cette question s'impose car, depuis la fin du XIX^{ème} siècle, l'apparition de la personnalité morale a semé le doute sur la nature juridique de la société⁵⁵⁴. Plusieurs qualifications furent avancées dont notamment celles d'institution, d'entreprise, et même plus récemment, celle de contrat-organisation. Au regard de l'agrément, les deux premières opinions seront rejetées car inadaptées à son application (A). Seule la dernière sera retenue comme étant la juste qualification d'une société dominée par l'*intuitu personae* (B).

A. La société : ni institution, ni totalement entreprise.

158. Les raisons de ce rejet. La doctrine discute depuis longtemps de la nature juridique de la société sans qu'un net consensus ne se dégage. Aujourd'hui, le débat semble dépassé, ou plutôt, abandonné. Les auteurs s'accordent sans trop de conviction sur sa nature mixte, mi-contractuelle, mi-institutionnelle⁵⁵⁵. Pour certains même, ce débat serait inutile⁵⁵⁶. Or cette détermination est

⁵⁵² V. à ce propos, *supra* n° 21.

⁵⁵³ CARBONNIER (J.), *Variations sur les petits contrats, Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 9^{ème} éd., 1998, p. 303.

⁵⁵⁴ V. notamment en ce sens : SCHILLER (S.), *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés. Les connexions radicales*, préf. F. Terré, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, t. 378, 2002, p. 73, n° 140 : « [...] jusqu'à la fin du XIX^{ème} siècle, la société était considérée comme une copropriété et les associés jouissaient des droits de tous les copropriétaires ».

⁵⁵⁵ « Il n'y a pas un mais plusieurs modèles de société ; selon les cas c'est l'aspect contractuel ou institutionnel qui l'emporte, sans toutefois être exclusif ; autrement dit il est vain d'espérer une vue moniste de la société » (COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (Fl.), *Droit des sociétés*, Litec, coll. Manuel, 12^{ème} éd., 1999, p. 4, n° 10. Mais il faut remarquer que les nouvelles éditions ne mentionnent plus cette opinion : *comp.* COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (Fl.), *Droit des sociétés*, Litec, coll. Manuel, 29^{ème} éd., 2016, p. 4, n° 9) ; DIDIER (P.), SAINT-ALARY (B.), « Société », in *Rép. Soc. Dalloz*, 1985, *spéc.* n° 6 : « La société est devenue peut-être une institution par ses effets. Mais elle demeure un contrat par son acte de naissance » ; BERTREL (J.-P.), « Le débat sur la nature de la société », in *Droit et vie des affaires*, Études à la mémoire d'Alain Sayag, Litec, 1997, p. 137, n° 10 : « Mais tout autant que la précédente [thèse institutionnelle], cette thèse contractuelle a pour principale faiblesse de ne pas avoir voulu

pourtant nécessaire tant en théorie qu'en pratique, puisqu'elle permet d'orienter la résolution des questions d'interprétation suscitées par les textes, ou même d'en combler les lacunes⁵⁵⁷. Or la législation de l'agrément pose de nombreux problèmes de cet ordre⁵⁵⁸. Prendre position sur la nature de la société est le premier pas franchi vers cette résolution⁵⁵⁹. Dans cette recherche, la confrontation de la société protégée par un agrément aux principales de ces théories permet d'obtenir certaines réponses⁵⁶⁰.

159. Le rejet de la thèse de l'institution. D'origine publiciste⁵⁶¹, cette thèse fut reprise par les privatistes à la fin du XIX^{ème} siècle pour dénoncer l'inadaptation d'une conception contractuelle de la société à son évolution⁵⁶². En effet, le développement des sociétés par actions lui donna une nouvelle physionomie, plus autonome vis-à-vis de la personnalité de ses membres. Plusieurs facteurs d'indépendance expliquent ce phénomène : l'attribution de la personnalité morale qui individualise le groupement et lui confère des règles propres, la distinction consécutive

intégrer l'argumentation adverse. Ce constat, que chacun est aujourd'hui en quelque sorte prisonnier de son propre camp, démontre qu'une synthèse est devenue nécessaire, et nous conduira à proposer une analyse mixte de la nature de la société ».

⁵⁵⁶ « [...] il devient sans doute inutile de rechercher quelle peut être d'une façon générale la nature de la société. Autant vaudrait rechercher la nature commune des différentes machines employées dans l'industrie. » (GERMAIN (M.), avec le concours de MAGNIER (V.), *Traité de droit commercial de G. Ripert et R. Roblot, Les sociétés commerciales*, t. 1, vol. 2, L.G.D.J., 21^{ème} éd., 2014, p. 22, n° 1520).

Également en ce sens, v. LIBCHABER (R.), « La société, contrat spécial », in *Dialogues avec Michel Jeantin, Prospectives du droit économique*, Dalloz, 1999, p. 281 : « Dans sa présentation, Michel Jeantin avait donc raison de se passer d'une institution que son inutilité rend encombrante. Dessinant son absence par un mouvement d'esquisse, il prenait sobrement parti pour l'essentiel ».

⁵⁵⁷ En ce sens : « [...] il peut être indispensable pour réduire certaines difficultés d'interprétation ou encore pour combler quelques lacunes des textes, de recourir à une notion juridique fondamentale dont on puisse tirer, par raisonnement déductif des éléments de solutions » (MAY (J.-Cl.), « La société : contrat ou institution ? », in *Contrat ou institution : un enjeu de société*, ouvrage coordonné par Brigitte Basdevant-Gaudemet, L.G.D.J., coll. Systèmes, 2004, p. 123).

⁵⁵⁸ V. *infra* n° 244 et s. (domaine), n°553 (procédure).

⁵⁵⁹ Une telle démarche a déjà été préconisée à propos des résolutions d'associés (dont l'agrément fait d'ailleurs partie). V. en ce sens : MOUSSERON (J.-M.), « À propos des résolutions d'associés », in *Mélanges offerts à Ch. Mouly*, t. 2, Litec, 1998, p. 223, *spéc.* p. 224, n° 5 : « toute tentative de qualification des résolutions peut paraître vaine tant que persistent les interrogations quant à la nature contractuelle ou institutionnelle des sociétés au sein desquelles elles sont prises » (nous le soulignons). L'auteur prend parti pour une qualification mixte de la société : « Le débat engagé à ce propos mérite de proposer des solutions homogènes avant de suggérer une qualification hybride de la société. Cette démarche se prête bien aux résolutions qui sont le fruit de ce métissage ».

Pour une critique des conclusions de l'auteur précité, v. PASTRE-BOYER (A.-L.), *L'acte juridique collectif en droit français, (Contribution à la classification des actes juridiques)*, préf. R. Cabrillac, P.U.A.M., 2006, p. 76, n° 82 et p. 80, n° 84.

⁵⁶⁰ Pour l'ensemble des théories, v. COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (Fl.), *Droit des sociétés*, Litec, coll. Manuel, 29^{ème} éd., 2016, p. 4, n° 9.

⁵⁶¹ La paternité de cette théorie est attribuée au juriste toulousain Maurice Hauriou (HAURIOU (M.), « L'institution et le droit statutaire », *Recueil de la législation de Toulouse*, 2^{ème} série, t. 11, 1906, p. 134 ; - , *Principes de droit public*, Sirey, 1^{ère} éd., 1910). Cette théorie est née de ses recherches sur le concept juridique de l'État et de la personnalité morale dont il s'était persuadé de trouver une explication non pas simplement historique ou sociologique, mais aussi juridique. Cette explication, il la trouva dans la théorie de l'institution dont il perfectionna la conceptualisation par plusieurs essais (v. les références chronologiques citées par MILLARD (E.), « Les théories italiennes de l'institutionnalisation », in *Contrat ou institution : un enjeu de société*, ouvrage coordonné par Brigitte Basdevant-Gaudemet, L.G.D.J., coll. Systèmes, 2004, p. 31). Cette théorie a toutefois toujours été critiquée pour son manque de précision et son absence de régime juridique.

Addé RENARD (G.), *La Théorie de l'Institution*, Sirey, 1930.

⁵⁶² GAILLARD (E.), *La société anonyme de demain : la théorie institutionnelle et le fonctionnement de la société anonyme*, Sirey, 1934 ; De SOLA CANIZARES (P.), « Le caractère institutionnel de la société de capitaux », *RIDC* 1953, p. 416.

Pour l'évolution des sociétés de capitaux, v. LEFEBVRE-TEILLARD (A.), *La société anonyme au XIX^{ème} : du Code de commerce à la loi de 1867, histoire d'un instrument juridique du développement capitaliste*, P.U.F., 1985.

de l'intérêt de la société de celui des associés⁵⁶³, le nombre de ces derniers lesquels peuvent se compter par milliers, le phénomène majoritaire, l'accroissement des règles impératives, la qualité des dirigeants qui ne sont non plus de simples mandataires, mais des organes sociaux chargés de mettre en œuvre la volonté commune, etc.⁵⁶⁴. La société serait devenue, par conséquent, une institution⁵⁶⁵. À l'appui d'une telle affirmation, les dispositions de la loi du 24 juillet 1966 renforceraient ce caractère institutionnel par l'énoncé de nombreuses règles impératives, s'immisçant ainsi largement dans l'organisation de la société.

Toutefois, cette qualification peine à convaincre. Favorable à une conception contractuelle de la société, le professeur Deboissy a exposé de nombreux arguments en ce sens dans un article intitulé sobrement : « Le contrat de société »⁵⁶⁶, dont les deux principaux sont les suivants.

- En premier lieu, l'auteur insiste sur le fait qu'il ne faut pas confondre : « [...] la technique juridique – à savoir l'analyse de la nature juridique de la société – et la politique juridique – dirigisme contre libéralisme [...]. Loin de s'opposer, contrat et ordre public peuvent bien évidemment coexister, le jeu de l'ordre public ayant été depuis longtemps systématisé dans la théorie générale du contrat »⁵⁶⁷.

- En second lieu, la personnalité morale n'est autre chose que « la traduction de l'opposabilité de la société aux tiers »⁵⁶⁸. Cette dissociation oblige donc à distinguer : « [...] en permanence deux ordres de réalité, l'ordre interne, qui intéresse les rapports entre associés ou entre chacun des associés et la société – autrement dit le domaine de l'effet relatif de l'acte juridique – et l'ordre externe qui intéresse les rapports de la société avec les tiers – autrement dit le domaine de l'opposabilité de l'acte juridique »⁵⁶⁹.

⁵⁶³ V. également en ce sens : GAILLARD (E.), *Le pouvoir en droit privé*, préf. G. Cornu, Economica, coll. Droit civil, 1985, p. 230, n° 344 : « Par nature, la personnalisation tend, on le voit, à réaliser la synthèse la plus compréhensive des intérêts susceptibles de lui servir de support ».

⁵⁶⁴ Pour d'autres facteurs, v. MAY (J.-Cl.), « La société : contrat ou institution ? », in *Contrat ou institution : un enjeu de société*, ouvrage coordonné par Brigitte Basdevant-Gaudemet, L.G.D.J., coll. Systèmes, 2004, p. 123, spéc. p. 133 ; DEBOISSY (Fl.), « Le contrat de société », in *Rapport français pour les journées brésiliennes organisées par l'association Henri Capitant sur le thème du contrat, 2005*, éd. Société de législation comparée, 2008, p. 119, spéc. p. 122, n° 6 ; GERMAIN (M.), « Le contrat de société », in *Rapport général, ibid.*, p. 25 ; (citant *L'affectio societatis* ; l'apparition de la société unipersonnelle ; la personnalité morale ; le phénomène des groupes).

Adde MERLE (Ph.), avec la collaboration de FAUCHON (A.), *Droit commercial, Sociétés commerciales*, Dalloz, coll. Précis, 20^{ème} éd., 2017, p. 29, n° 22.

⁵⁶⁵ Ripert écrivait ainsi à propos des sociétés par actions que « l'étude des sociétés ne trouve aucun appui dans le Code civil » (RIPERT (G.), *Traité élémentaire de droit commercial*, L.G.D.J., 1^{ère} éd. 1947, préf. p. VI).

⁵⁶⁶ DEBOISSY (Fl.), « Le contrat de société », in *Rapport français pour les journées brésiliennes organisées par l'association Henri Capitant sur le thème du contrat, op. cit.*

V. également en ce sens : THOMASSIN (N.), « Si la société m'était "comptée" », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Didier R. Martin, Liber Amicorum*, Lextenso, 2015, p. 613.

⁵⁶⁷ DEBOISSY (Fl.), *op. cit.*, spéc. p. 122, n° 5.

⁵⁶⁸ DEBOISSY (Fl.), *op. cit.*, spéc. p. 126, n° 12, citant WICKER (G.), v. « Personne morale », in *Rép. Civ. Dalloz*, 1998, spéc. n° 20.

⁵⁶⁹ *Ibid.*, se référant également pour cette distinction entre l'existence interne et l'existence externe de la société à THALLER (E.), par PERCEROU (J.), *Traité élémentaire de droit commercial*, Rousseau éditeur, 8^{ème} éd., 1938, n° 248.

La mise en œuvre de l'agrément confirme l'existence de ces deux ordres. Même après la formation de la société, qui est pourtant supposée être son unique stade contractuel selon la thèse institutionnelle⁵⁷⁰, la personnalité des associés ressurgit dans l'hypothèse d'un transfert des droits sociaux. La décision d'agréer ou non le candidat-postulant ne sera pas décidée au regard d'un intérêt social abstraitement défini⁵⁷¹, mais conformément aux critères d'appréciation personnels formulés par les associés lors de la formation de la société. Par conséquent, une fois immatriculée, la société ne devient pas pour autant un être désincarné ; la personnalité des associés reste sous-jacente en présence d'un agrément, lequel est d'ailleurs susceptible d'exister pour toutes les formes sociales, y compris la société anonyme⁵⁷². Une critique similaire peut être adressée à la thèse formulée par la doctrine de l'entreprise.

160. Le rejet partiel de la thèse de la doctrine de l'entreprise. La conception de la société soutenue par cette doctrine peut être résumée de la façon suivante : la société est une entité indépendante de ses associés qui a pour fonction de fournir une structure d'accueil à l'entreprise qui, par suite, se trouve en charge de la protection de l'ensemble des intérêts catégoriels qui s'expriment au sein de celle-ci⁵⁷³.

En apparence, cette pensée dominante du droit contemporain a pu laisser croire que le débat sur la nature de la société devait être abandonné en raison du compromis qu'elle réalisait⁵⁷⁴. Cependant, bien que les apports de cette doctrine au droit des sociétés, et plus généralement au droit des affaires, soient indéniables⁵⁷⁵, la solution proposée aux questionnements relatifs à la nature de la société est plus discutable.

⁵⁷⁰ L'article 1846, alinéa 2 du Code civil semble confirmer cette interprétation.

Adde SCHILLER (S.), *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés. Les connexions radicales*, préf. F. Terré, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, t. 378, 2002, p. 68, n° 127, « [que] la société soit vue comme un contrat ou comme une institution, la doctrine unanime reconnaît que lors de la création d'une structure sociale, une convention a été conclue ».

V. en ce sens, notamment, mais ne précisant pas pour autant quelle est la nature de la société : AYNÈS (L.), *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, préf. Ph. Malaurie, Économica, 1984, p. 206, n° 290 : « Ainsi, la particularité des contrats créateurs d'un groupement réside-t-elle dans le caractère instantané de la réalisation de leur objet. À de rares exceptions près, la force obligatoire du contrat s'épuise dans l'obligation d'apporter, qui est aussi la condition de réalisation de l'objet du contrat, l'organisation d'un groupement [...]. Il est dès lors douteux que la transmission de la qualité d'associé puisse s'analyser en une cession de contrat ».

⁵⁷¹ L'intérêt social peut être défini comme : « Une norme de comportement, c'est-à-dire une règle qui marque la direction à donner à une conduite pour sa légitimité juridique » (CONSTANTIN (A.), « L'intérêt social : quel intérêt ? », in *Études offertes à Barthélémy Mercadal*, éd. Francis Lefebvre, 2002, p. 315, n° 13).

Toutefois, quelle que soit le contenu conféré à cette définition, la sanction de l'abus de droit pour contrariété à l'intérêt social menace toujours la délibération sociale adoptée. V. *infra* n° 623.

⁵⁷² V. *infra* n° 98, n° 118.

⁵⁷³ V. en ce sens : PAILLUSSEAU (J.), *La société anonyme, Technique d'organisation juridique de l'entreprise*, Sirey, coll. Bibliothèque de droit commercial, 1967. V. également : CHAMPAUD (Cl.), *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, préf. Y. Loussouarn, Sirey, coll. Bibliothèque de droit commercial, 1969.

⁵⁷⁴ V. en ce sens, JEANTIN (M.), *op. cit.*, p. 12, n° 22 ; BERTREL (J.-P.), « Le débat sur la nature de la société », in *Droit et vie des affaires, Études à la mémoire d'Alain Sayag*, Litec, 1997, p. 131, *spéc.* p. 137.

⁵⁷⁵ En ce sens, LE CANNU (P.), DONDERO (B.), *Droit des sociétés*, Montchrestien, 6^{ème} éd., 2015, p. 190, n° 280.

Si la société est incontestablement une technique d'organisation, elle ne l'est toutefois pas uniquement de l'entreprise : elle peut aussi l'être pour un patrimoine ou un partenariat⁵⁷⁶. L'agrément illustre cette dernière finalité puisqu'il constitue un mécanisme préservant utilement le partenariat conclu. De plus, si la doctrine de l'entreprise a contribué à promouvoir une analyse finaliste, fonctionnelle de la société, l'École dite de Rennes⁵⁷⁷ s'inscrit plutôt dans la continuité de la théorie de l'institution⁵⁷⁸, attribuant à l'intérêt social une vocation générale à protéger, au-delà du seul intérêt de ses membres, l'ensemble des parties prenantes de la société (associés, salariés, créanciers, etc.)⁵⁷⁹. Or, si cet intérêt est analysé à l'aune de l'agrément, il résulte que la décision prise par les associés le sera en vertu de leur intérêt commun (ou tout au moins, celui des majoritaires⁵⁸⁰), c'est-à-dire, selon leur convenance vis-à-vis de la personne (physique ou morale)

Pour un exposé de cette doctrine, v. CHAMPAUD (Cl.), *et alii*, *Manifeste pour la doctrine de l'entreprise. Sortir de la crise du financialisme*, préf. de H. Bouthinon-Dumas et A. Masson, Bruxelles, éd. Larcier, coll. Droit, Management et Stratégies, 2011. Les auteurs précisent le choix du mot manifeste dans le titre, lequel renvoie à l'idée d'«[...] une œuvre qui défend vivement des idées et des analyses qui s'opposent à d'autres idées antagonistes » (*op. cit.*, p. 19).

⁵⁷⁶ COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (Fl.), *op. cit.*, p. 10, n° 15 ; DEBOISSY (Fl.), « Le contrat de société », in *Rapport français pour les journées brésiliennes organisées par l'association Henri Capitant sur le thème du contrat, 2005*, éd. Société de législation comparée, 2008, p. 119, *spéc.* p. 127, n° 14, citant Pothier : « il y a des [sociétés] qui se contractent pour avoir en commun certaines choses particulières et en partager les fruits. Il y en a qui se contractent pour exercer en commun quelque art ou quelque profession. Enfin il y a des sociétés de commerce ».

Adde JEANTIN (M.), *Droit des sociétés*, Montchrestien, 3^{ème} éd., 1994, p. 12, n° 22, soulignant que la création de certaines sociétés peut davantage répondre à un besoin de financement qu'à celui d'organiser une structure juridique d'entreprise.

⁵⁷⁷ La Faculté de droit de Rennes a tenu une place importante dans l'élaboration de cette doctrine au point que l'on assimile souvent l'École de Rennes et la doctrine de l'entreprise. Or des enseignants-chercheurs d'autres Facultés de droit ont aussi contribué à son élaboration : René Savatier et Jean-Marie Leloup (Poitiers) ; Michel Despax (Toulouse) ; Jean-Marc Mousseron (Montpellier) ; Paul Durand (Nancy) ; Gérard Cas (Aix-en-Provence) ; Maurice Cozian (Dijon). Pour plus de précisions, v. CHAMPAUD (Cl.), *op. cit.*, *spéc.* p. 321.

⁵⁷⁸ Dans un article intitulé « le contrat de société existe-t-il encore ? », le professeur Champaud s'est employé à démontrer « le crépuscule de la société-contrat », selon sa propre formule, car la thèse de la doctrine de l'entreprise a eu des « conséquences juridiques et conceptuelles dont il ne fait pas de doute qu'elles transportent radicalement la société hors du droit des contrats, si ce n'est hors du droit privé [...] » (CHAMPAUD (Cl.), « Le contrat de société existe-t-il encore ? », in *Le droit contemporain des contrats*, Travaux de la Faculté des Sciences juridiques de Rennes, *Économica*, 1987, p. 125, *spéc.* p. 132).

⁵⁷⁹ V. en ce sens l'analyse défendue par Monsieur le Professeur Schmidt : -, « De l'intérêt commun des associés », *JCP E* 1994, chron. p. 404 ; -, « De l'intérêt social », *Rev. droit bancaire et bourse* 1995, p. 136.

En faveur de cette opinion, v. HAMELIN (J.-F.), *Le contrat-alliance*, préf. N. Molfessis, *Économica*, coll. Recherches juridiques, t. 30, 2012, p. 116, n° 164 : « Il ressort de ce qui précède que l'intérêt social ne peut s'entendre ni de l'intérêt de l'entreprise, ni de l'intérêt de la personne morale si celui-ci s'entend d'un intérêt distinct de celui des associés. Par conséquent, l'intérêt social ne peut guère correspondre qu'à l'intérêt commun des associés, ce qui évite une distinction artificielle entre le premier et le second. Voir dans l'intérêt social l'intérêt commun des associés fait sens en l'état du droit positif. Cette définition de l'intérêt social n'est donc pas qu'un choix par défaut, bien au contraire. Elle permet de donner à l'article 1833 du Code civil sa pleine mesure en y voyant la consécration du caractère essentiel de la notion d'intérêt social [...] » ; DEBOISSY (Fl.), *op. cit.*, p. 126, n° 12 : « [...] identifier l'intérêt social à l'intérêt de la personne morale relève de la pure tautologie puisque la personnification de la société permet simplement d'opposer aux tiers l'intérêt identifié dans les statuts ». Également en ce sens : GOFFAUX-CAILLEBAUT (G.), « La définition de l'intérêt social », *RTD com.* 2004, p. 35.

Comp. notamment : CONSTANTIN (A.), « L'intérêt social : quel intérêt ? », in *Études offertes à Barthélémy Mercadal*, éd. Francis Lefebvre, 2002, p. 315.

⁵⁸⁰ Cet intérêt commun prendra une coloration encore plus particulière en présence d'une entreprise familiale, v. en ce sens : PRIEUR (J.), « Introduction », in *La gouvernance des entreprises familiales, Actes du colloque du 17 juin 2010 à l'Université Paris-Dauphine*, Litec, coll. Colloques et débats, 2010, p. 1, *spéc.* p. 2.

V. également en ce sens : LE CANNU (P.), DONDERO (B.), *Droit des sociétés*, Montchrestien, 6^{ème} éd., 2015, p. 197, n° 285 : « Il n'en reste pas moins, dans le droit actuel, que les associés, principalement ceux qui détiennent la majorité dans les structures où cette règle s'applique, sont en principe seuls qualifiés pour établir la volonté sociale. Ce n'est que par exception que leur appréciation peut être remise en cause » (il s'agit de l'hypothèse de l'abus de majorité constitué par deux éléments que sont, d'une

qui postule à l'obtention de l'agrément. L'intérêt social est certes un garde-fou contre l'abus de droit. Mais il est impuissant à contrer le vote régulier de l'agrément d'une cession emportant le contrôle de la société, cela alors même que cette opération est susceptible de modifier la définition de la politique de la société et, partant, de redéfinir l'intérêt social tel que perçu par le nouveau pouvoir majoritaire⁵⁸¹. En effet, même si les minoritaires s'opposent à l'agrément du cessionnaire, la jurisprudence fait primer l'exercice de leur droit de vote par les associés majoritaires⁵⁸².

L'ensemble de ces propos démontre que le contrat de société continue d'exister au-delà du stade de sa conclusion⁵⁸³. Il reste alors à analyser la nature de cet acte juridique que constitue la société.

B. La société : un contrat-organisation plus ou moins réglementé.

Cette qualification est justifiée non seulement historiquement, mais aussi, par la permanence des caractéristiques du contrat de société telles que mises en évidence par le Code civil de 1804. Elle est aujourd'hui renforcée par le récent succès de la théorie du contrat-organisation.

part, une décision contraire à l'intérêt général de la société, et, d'autre part, une décision prise dans l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité au détriment des minoritaires).

⁵⁸¹ La cession de contrôle est souvent assimilée à un risque de licenciement pour les salariés. Toutefois, comme l'indique le professeur Deboissy (*op. cit.*, p. 129, n° 16), l'intérêt des salariés n'est pas ignoré par la société puisqu'en sa qualité d'employeur, elle est tenue d'appliquer le droit du travail. Par ailleurs, la loi peut soit limiter, soit suggérer à la société-employeur de prendre en compte les intérêts des salariés. Il en est de même pour chacune des parties prenantes associées à la vie de l'entreprise. Le professeur conclut en citant le professeur Schmidt selon lequel « il n'appartient pas [à la société] de pourvoir à la satisfaction de leurs intérêts ; chacun défend son intérêt, dans la considération du droit des autres » (SCHMIDT (D.), *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme, version nouvelle*, Joly éd., 2004, p. 9, n° 2).

⁵⁸² V. en ce sens : Cass. com., 21 janvier 1970, affaire Saupiquet-Cassegrain, *JCP* 1970, II, 16541, note (B.) OPPETIT ; *RTD com.* 1970, p. 738, obs. (R.) HOUIN. Cass. com., 24 février 1975, *Rev. sociétés* 1976, p. 92, note (B.) OPPETIT.

En droit boursier, tout actionnaire peut se faire racheter ses titres par le majoritaire lorsque celui-ci modifie substantiellement les données du pacte social (C. mon. fin., art. L. 433-4, II). V. en ce sens notamment DIDIER (P.), « Brèves notes sur le contrat-organisation », in *Mélanges en hommage à François Terré, L'avenir du Droit*, Dalloz, 1999, p. 635).

Adde LE CANNU (P.), DONDERO (B.), *op. cit.*, 6^{ème} éd., 2015, p. 189, n° 279 : « La vie sociale montre que la répartition des nombreux avantages résultant de l'activité (bénéfices, mais aussi rémunérations des dirigeants, contrats entre les dirigeants ou les associés et la société, contrats de travail...) peut déclencher, de façon légitime, de sérieux antagonismes entre les associés. S'ils viennent devant le juge, celui-ci va opérer d'abord par un contrôle des procédures ; il respectera en principe une décision majoritaire. Ce n'est que si cette décision majoritaire atteint de manière caractérisée les intérêts de la minorité qu'une remise en cause sera possible ; encore le juge se donne-t-il le pouvoir de dire aux minoritaires que leur intérêt à plus long terme est respecté, puisque la décision contestée n'est pas contraire à l'intérêt de la société elle-même. Les associés opposants devront se plier, tant que la société se trouve dans une perspective d'exploitation, à l'intérêt de la personne morale dont ils tirent des bénéfices ».

⁵⁸³ V. également en ce sens : LIBCHABER (R.), « Pour un renouvellement de l'analyse des droits sociaux », in *Aspects actuels du droit des affaires : mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p. 717, *spéc.* p. 723, n° 6 : « Si la réalisation des apports est un élément essentiel du contrat de société, on doute qu'elle s'épuise dans l'instant. Pour reprendre le vocabulaire du droit pénal, on serait tenté de considérer ces apports comme « continus » au sens où ils acquièrent une sorte de permanence par la décision de l'associé de ne pas se les faire restituer tant que dure la société. On y reviendra : l'associé désireux de se retirer de la société en se substituant un tiers se fera par lui restituer son apport – à sa valeur actuelle –, de telle manière que le nouvel associé aura symboliquement renouvelé l'acte d'apport envers la société ».

161. Une opinion héritière du passé. Le contrat de société est issu d'une pratique pluriséculaire. Il a évolué par tâtonnements au fil des siècles, se transmettant d'une civilisation à une autre, se perfectionnant au gré des évolutions économiques et sociales⁵⁸⁴. Nonobstant l'aboutissement technique auquel il semble aujourd'hui parvenu, ce contrat étonne par la constance millénaire de certains de ses éléments. De l'époque du Roi Hammurabi à nos jours, il est toujours né du besoin des hommes de s'allier afin de créer et de partager des richesses⁵⁸⁵. L'Histoire démontre que le fondement universel de cette alliance est la confiance⁵⁸⁶. Celle-ci fut d'abord inhérente aux rapports familiaux, puis accordée à des étrangers, leur permettant soit d'intégrer cette communauté originelle, soit d'en créer une autre, autonome, sous la forme d'une société. Enfin, à un degré de développement plus élevé, la confiance existant entre des étrangers ne partageant comme unique lien que leur intérêt commun pouvait même aboutir à la création de sociétés de capitaux de très grande envergure⁵⁸⁷.

En 1804, la dimension personnelle de la société ne figurait pas dans la définition qu'en donnait le Code civil. Ceci se comprend aisément en raison du postulat choisi par ses rédacteurs selon lequel, les contrats ne sont qu'exceptionnellement conclus en considération de la personne⁵⁸⁸. En revanche, le Code civil définissait clairement la société comme un contrat, le classant même parmi

⁵⁸⁴ En ce sens, v. SZLECHTER (E.), *Le contrat de société en Babylonie, en Grèce et à Rome, Étude de Droit comparé de l'antiquité*, préf. G. Boyer, Paris, Sirey, 1947, p. 96 et les références en note n°1 : « Le développement du contrat de société est étroitement lié à l'évolution des formes économiques en Grèce. Le même phénomène s'est produit et a été constaté à Babylone et sera à noter, comme on le verra, à Rome ».

Adde COPPER-ROYER et fils, *Traité des sociétés, Historique de la notion de société*, t. 1, Sirey, 1938 ; HILAIRE (J.), *Introduction historique au droit commercial*, P.U.F., coll. Droit fondamental, 1986 ; SZRAMKIEWICZ (R.), *Histoire du droit des affaires*, Montchrestien, 1989 ; LEVY-BRUHL (H.), *Histoire juridique des sociétés de commerce en France aux XVIIe et XVIIIe siècles*, Paris, 1938 ; LEFEBVRE-TEILLARD (A.), *La société anonyme au XIX^{ème} : du Code de commerce à la loi de 1867, histoire d'un instrument juridique du développement capitaliste*, P.U.F., 1985, p. 201 : « [...] le droit des sociétés traditionnel est dominé depuis toute l'antiquité par deux principes : la société est un contrat consensuel : il repose sur la volonté des parties qui ensemble ou séparément peuvent y mettre fin ; le contrat de société est un contrat conclu *intuitu personae* : il prend fin par la mort d'un des associés ».

⁵⁸⁵ En ce sens, v. COPPER-ROYER et fils, *Traité des sociétés, Historique de la notion de société*, t. 1, Sirey, 1938, p. 13, n° 4 : « Sitôt qu'il existe une propriété privée, il existe aussi des hommes qui n'ont pour toute fortune que leur savoir commercial, leur force musculaire et le goût des aventures. Ceux qui possèdent quelque chose ont tendance à s'unir, et, disons bien le mot, à s'associer avec ceux qui peuvent faire quelque chose ».

⁵⁸⁶ Pour une étude récente, v. BENABOU (V.), (sous la direction de), *La confiance en droit privé des contrats (actes du colloque organisé le 22 juin 2007)*, Dalloz, 2008. Un peu plus tôt, v. CHIREZ (A.), *De la confiance en droit contractuel*, thèse Nice, 1977.

⁵⁸⁷ Pour l'importance de la confiance accordée aux membres d'une société à Rome, v. par exemple les propos de Monsieur Szelechter : « Notons que la société ne pouvait s'étendre aux héritiers de l'associé prédécédé, même si au moment de la formation de la société, les contractants avaient inséré une clause dans ce sens (Pomponius, *lib. 12 ad Sabinum*, Dig. 17.2.59). Une exception à cette règle générale existait dans les sociétés de publicains, où les héritiers pouvaient entrer dans la société sous certaines conditions. La raison de cette solution [exclusion] résultait de la nature du rapport personnel qui s'était formé entre les associés, et qui ne pouvait s'étendre à d'autres personnes. Il est même exact de voir dans tous les contrats de société la formation d'un lien personnel entre les associés, lien qui ne pouvait être transmis à des personnes étrangères au contrat. C'est là, d'ailleurs, une ressemblance avec la première sorte de société, le *consortium* de frères ou même d'*alii* ; dans cette dernière s'est formée une sorte de fraternité artificielle, par l'admission d'un lien de parenté entre ses membres » (SZLECHTER (E.), *Le contrat de société en Babylonie, en Grèce et à Rome, Étude de Droit comparé de l'antiquité*, préf. G. Boyer, Paris, Sirey, 1947, p. 247).

Adde pour une étude contemporaine : GUYON (Y.), « La fraternité dans le droit des sociétés », *Rev. sociétés* 1989, p. 439.

⁵⁸⁸ V. *supra* n° 18.

les contrats spéciaux de son livre III, au titre IX intitulé « Du contrat de société »⁵⁸⁹. Une telle conception de la société était corroborée par l'ancien article 18 du Code de commerce posant le principe selon lequel : « Le contrat de société se règle par le droit civil, par les lois particulières au commerce, par la convention des parties ».

La subsidiarité du droit commercial par rapport au droit civil était ainsi établie, de même que leur indissociabilité pour déterminer la législation applicable aux sociétés. Mais la définition donnée de la société en 1804 ne mentionnait pas seulement sa nature, un contrat, il indiquait aussi ses éléments caractéristiques.

162. La permanence des caractéristiques du contrat de société mentionnées dans le Code civil de 1804. Lors de l'adoption du Code civil, son article 1832 disposait que : « La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun, dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter »⁵⁹⁰.

De cette définition du contrat de société se dégagent trois caractéristiques, toujours actuelles⁵⁹¹.

- D'une part, de l'emploi du verbe « convenir » se déduit une convergence du consentement de l'ensemble des parties. Cette particularité distingue la société d'un contrat comme la vente par exemple, où l'échange des consentements traduit une divergence de l'intérêt de chaque partie⁵⁹². En outre, l'instantanéité de ce dernier le distingue de l'exécution prolongée du contrat de société.

⁵⁸⁹ Lors de l'adoption de la loi du 4 janvier 1978, dont la conception de la société était pourtant plutôt contractuelle, l'intitulé du titre IX fut modifié pour « De la société » et ce, à la suite d'un amendement dit *de mise en forme*, sans explication ni débat (à ce propos, v. : JO, Assemblée nationale, n° 59, p. 4655 ; CHARTIER (Y.), « La société dans le Code civil après la loi du 4 janvier 1978 », JCP 1978, 2917, note 124).

Adde FOYER (J.), « La réforme du titre IX du livre III du Code civil », *Rev. sociétés* 1978, p. 1 ; JEANTIN (M.), « La réforme du droit des sociétés par la loi du 4 janvier 1978 », *D.* 1978, p. 174.

⁵⁹⁰ L'article 1832 du Code civil dispose actuellement que :

« La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter.

Elle peut être instituée, dans les cas prévus par la loi, par l'acte de volonté d'une seule personne.

Les associés s'engagent à contribuer aux pertes ».

Comp. la définition de l'association en tant que contrat par la loi du 1^{er} juillet 1901 : « L'association est la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun, d'une façon permanente, leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que de partager des bénéfices. Elle est régie, quant à sa validité, par les principes généraux du droit applicables aux contrats et aux obligations ».

Adde MICHALAUSKAS (M.), « La nature juridique de l'association », in *Contrat ou institution : un enjeu de société*, ouvrage coordonné par Brigitte Basdevant-Gaudemet, L.G.D.J., coll. Systèmes, 2004, p. 151 ; MILLARD (E.), « Les théories italiennes de l'institutionnalisation », in *Contrat ou institution : un enjeu de société*, ouvrage coordonné par Brigitte Basdevant-Gaudemet, L.G.D.J., coll. Systèmes, 2004, p. 31.

⁵⁹¹ Comme le remarquait le professeur Terré dans sa thèse de doctorat : « [...] toute qualification implique l'existence d'un ou de plusieurs éléments de base unis les uns aux autres selon une certaine structure » (TERRÉ (F.), *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, L.G.D.J., 1956, p. 2-3, n° 3).

⁵⁹² V. *infra* n° 163.

C'est, semble-t-il, de cette différence qu'est née la nécessité ressentie par certains auteurs, de qualifier la permanence de ce consentement en tant qu'« *affectio societatis* »⁵⁹³.

- D'autre part, la mise en commun de quelque chose renvoie à l'aspect réel de la société, à travers la constitution de son patrimoine⁵⁹⁴.

- Enfin, le partage des bénéfices (ou le profit des économies selon la rédaction actuelle de l'article 1832) désigne le but de l'engagement sociétaire⁵⁹⁵, lequel peut être contractuellement aménagé. Cette dernière dimension renvoie à l'aspect personnel de la société en raison des liens de droit ainsi créés entre les associés⁵⁹⁶.

Ces différents aspects induisent un rapport, ou plutôt, une « structure » selon la terminologie choisie par le professeur Terré⁵⁹⁷, entre les moyens et le but poursuivi, lequel délimite l'intérêt de chaque associé dans la société, « c'est-à-dire l'intérêt commun des associés, ou encore l'intérêt social »⁵⁹⁸. Chacun de ces éléments se retrouve dans toutes les sociétés, que la relation existante entre les associés soit ou non marquée d'*intuitu personae*.

Pendant, alors même que la plupart des sociétés sont aujourd'hui dotées de la personnalité morale, pourquoi cet attribut important ne figurait-il ni dans le Code civil, ni dans le Code de commerce ? Pour répondre à cette question, un examen des travaux préparatoires est nécessaire. De façon surprenante, ces derniers témoignent de la connaissance, à l'époque, du concept de personnalité morale, la société y étant qualifiée tour à tour d'« être moral », de « fiction »⁵⁹⁹. En attestent les propos du rapporteur du projet au tribunalat : « Chacune de ces compagnies est une personne morale qui agit, administre et régit les affaires de l'association ». En dépit de cela, le principe

⁵⁹³ Pour une critique de cette notion, v. *supra* n° 587.

⁵⁹⁴ V. à ce propos DEBOISSY (Fl.), « Le contrat de société », in *Rapport français pour les journées brésiliennes organisées par l'association Henri Capitant sur le thème du contrat, 2005*, éd. Société de législation comparée, 2008, p. 119, *spéc.* p. 130, n° 20 : « Dans son aspect réel, la société est une technique d'affectation de moyens à une entreprise déterminée. [...] les biens apportés à la société, comme d'ailleurs ceux acquis par elle, sont assujettis à la réalisation d'un projet particulier, à savoir la poursuite d'une entreprise commune. Cette entreprise commune, qui doit être spécifiée dans les statuts (art. 1835 du Code civil), constitue l'objet social, autrement dit le type d'activité que la société se propose d'exercer ».

⁵⁹⁵ Pour une démonstration de cet élément en tant que caractéristique du contrat de société, v. HAMEL (J.), « Quelques réflexions sur le contrat de société », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, 1963, p. 645, *spéc.* p. 655 : « Ainsi cette volonté d'enrichissement collectif choisie comme critère de la société permet-elle un nouveau classement de ceux qui gravitent dans le cercle des sociétés ».

⁵⁹⁶ V. à ce propos DEBOISSY (Fl.), *op. cit.*, *spéc.* p. 131, n° 22 : « À l'instar de l'affectation des biens, l'adhésion au contrat de société conduit à un assujettissement des associés. En effet, en application du principe de la force obligatoire des conventions, tout associé est tenu au respect de l'engagement contracté par son adhésion au pacte social [...] ».

⁵⁹⁷ La qualification, opération intermédiaire entre la constatation de données de fait et l'application d'un régime juridique, est caractérisée par l'existence d'un lien entre ces éléments (objectifs ou subjectifs) dénommé par le professeur Terré « structure des qualifications ». Selon lui, chaque qualification possède une structure propre. Les éléments peuvent ainsi être reliés entre eux « soit par un simple lien d'homogénéité, soit par un lien d'indivisibilité, soit par un lien d'accession » (TERRÉ (F.), *thèse préc.*, p. 217, n° 233 et p. 313, n° 359).

⁵⁹⁸ DEBOISSY (Fl.), *op. cit.*, *loc. cit.* ; CUISINIER (V.), *op. cit.*, *loc. cit.*

⁵⁹⁹ Cité par HILAIRE (J.), *Introduction historique au droit commercial*, P.U.F., coll. Droit fondamental, 1986, p. 209, n° 123.

ne fut consacré dans aucun des deux codes⁶⁰⁰. Cette absence est toutefois opportune car la distinction est aujourd'hui bien établie entre les sociétés dotées de la personnalité morale et celles qui en sont dépourvues⁶⁰¹.

Par ailleurs, la reconnaissance récente en droit français de la société unipersonnelle n'est pas un obstacle dirimant à la conception contractuelle de la société. Dans cette hypothèse, l'associé unique s'engage, par un acte unilatéral de volonté, à respecter les droits et obligations définis par la loi, lesquels sont strictement identiques à ceux d'une société pluripersonnelle, dans la mesure de leur effectivité⁶⁰².

Ces éléments étant posés, il est dorénavant possible de préciser la qualification de contrat spécial qu'est le contrat de société⁶⁰³.

⁶⁰⁰ Comme le soulignait le Doyen Hamel, la création d'une personne morale « [...] ne se justifie pas par l'Histoire ; c'est seulement au XIX^{ème} siècle que notre jurisprudence a attribué la personnalité morale aux sociétés de Droit privé, alors que notre Ancien Droit ne connaissait ce phénomène que pour les sociétés relevant plus ou moins directement du Droit public [...]. Ainsi apparaît-il que l'extension de la personnalité morale à toutes les sociétés françaises est la suite logique de cette volonté d'enrichissement collectif qui constitue l'élément caractéristique et profondément original du contrat de société » (HAMEL (J.), *art. préc., spéc.* p. 658).

Adde pour une recherche historique sur la question : RICHARD (E.), « Mon nom est personne : la construction de la personnalité morale ou les vertus de la patience », *Entreprises et histoire* 2009/4, n° 57, p. 14.

V. reconnaissant la personnalité morale des sociétés civiles : Cass. req., 23 février 1891, *S.* 1892, I, p. 73, note (E.) MEYNIAL.

⁶⁰¹ C. civ., art. 1842. Son alinéa deux dispose d'ailleurs que : « Jusqu'à l'immatriculation, les rapports entre les associés sont régis par le contrat de société et par les principes généraux du droit applicable aux contrats et obligations ».

⁶⁰² Par exemple, l'agrément n'a pas d'utilité dans une société unipersonnelle.

Comp. aussi : DEBOISSY (Fl.), *op. cit., spéc.* p. 136, n° 29 : « [...] que la société soit unipersonnelle ou pluripersonnelle, l'engagement sociétaire présente un caractère contractuel en ce sens que chaque associé se trouve placé vis-à-vis de la société "dans une situation contractuelle composée de droits et d'obligations corrélatifs". En effet, la charge à laquelle l'associé a consenti en réalisant une affectation de biens, comme l'assujettissement personnel qui résulte de son engagement, a pour contrepartie le droit de tirer profit de l'activité sociale à travers les bénéficiaires ou l'économie pouvant en résulter. Plus généralement, par son adhésion à l'acte sociétaire, l'associé s'engage incontestablement à respecter certaines obligations, à commencer par celle de libérer ses apports, et est créancier en contrepartie d'un certain nombre de droits, à commencer par des droits financiers » et citant : WICKER (G.), v. « *Personne morale* », in *Rép. Civ. Dalloz*, 1998, *spéc.* n° 94.

Adde pour une illustration des règles du droit commun des contrats au contrat de société : FAVARIO (Th.), « Regards civilistes sur le contrat de société », *Rev. sociétés* 2008, p. 53.

⁶⁰³ La qualification de la société en tant qu'acte unilatéral collectif ou individuel est souvent confrontée à celle de contrat (COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (Fl.), *Droit des sociétés*, Litec, coll. Manuel, 29^{ème} éd., 2016, p. 6, n° 10 ; LE CANNU (P.), DONDERO (B.), *Droit des sociétés*, Montchrestien, 6^{ème} éd., 2015, p. 193, n° 282). Toutefois, dans le cadre de la présente thèse, cette qualification ne sera pas abordée en raison des obstacles intrinsèques à sa consécration. Comme le signalait Jossierand au début du siècle passé, cette analyse constitue « un contresens historique et juridique, une tentative de déformation du droit civil au moyen d'institutions de droit public » (JOSSERAND (L.), *Cours de droit civil positif français*, t. 2, 1^{ère} éd., 1930, p. 8, n° 15). Déformant, le critère de l'antagonisme des intérêts l'est en ce qu'il mêle la source et les effets du contrat (CHÉNEDÉ (F.), *Les commutations en droit privé, Contribution à la théorie générale des obligations*, préf. A. Ghozi, *op. cit.*, p. 93, n° 99 : « les auteurs contemporains mêlent en effet deux éléments distincts : la cause et le résultat, la *source* et son *effet* »). Le fait que plusieurs personnes agissent ensemble en vue de la même chose, donc pour une cause commune, annihilerait l'individualité de leur volonté pour former une collectivité dès le stade de la formation de l'acte, d'où la qualification d'acte unilatéral collectif. Or ce raisonnement ne semble pas convaincant car c'est d'abord l'accord de toutes les volontés individuelles qui permet ensuite d'œuvrer dans un but commun, c'est-à-dire, de réaliser la cause du contrat. Cette interprétation antagoniste du contrat procède d'une confusion entre ce que Kelsen appelait « le contrat en tant que fait créateur de droit et la convention en tant que norme créée » (KELSEN (H.), « La théorie juridique de la convention », *APD* 1940, p. 33, § 2). De plus, l'acte unilatéral collectif aboutit à la négation de l'intérêt personnel que chacun peut retirer de l'œuvre commune, c'est-à-dire ce qui l'a conduit personnellement, au-delà de la communauté d'intérêts immédiate, à y souscrire. Par ailleurs, cet acte impliquerait une sorte de fusion des volontés agissant toujours dans le sens commun (ROUJOU de BOUBÉE (G.), *Essai sur l'acte juridique collectif*, L.G.D.J., 1961, p. 15). C'est toutefois oublier que dans les contrats à durée successive, l'engagement n'est pas perpétuel et chacun reste libre, en principe, de se retirer : le sociétaire peut ne pas renouveler son adhésion à l'association, un associé peut céder ses droits sociaux pour sortir de la

163. La qualification retenue du contrat de société : un contrat-organisation. Le professeur Terré a démontré l'incidence sur les qualifications juridiques de la volonté individuelle⁶⁰⁴. Mais, plus que le contenu de celle-ci, son orientation par rapport à celle du partenaire cocontractant peut aussi guider l'interprète. En effet, bien que l'antagonisme des intérêts ne soit pas un critère de classification des contrats dans le Code civil, il est classiquement admis que ces derniers se caractérisent par une opposition d'intérêts des cocontractants⁶⁰⁵. Or la doctrine moderne a pointé l'insuffisance de cette qualification : certains contrats ne réalisent non pas une « permutation de biens ou de services »⁶⁰⁶, mais une « agrégation de biens et de services »⁶⁰⁷, en vue d'atteindre un but commun. Le contrat de société en serait l'archétype. Naguère soulignée par Thaller et Pic⁶⁰⁸, l'originalité de ces contrats a surtout été promue par le professeur Didier sous le nom de « contrat-organisation » car celui-ci : « [...] crée entre les parties les conditions d'un jeu de collaboration où les deux parties peuvent gagner ou perdre conjointement, et leurs intérêts sont donc structurellement convergents »⁶⁰⁹ ; il est « un contrat qui, de manière explicite ou implicite, définit une

société. De même s'agissant des décisions collectives, un ou plusieurs contractants peuvent ne pas être d'accord avec l'opinion majoritaire, ce qui exprime bien le maintien de l'individualité des volontés.

Comp. favorable à une telle conception : DEMOGUE (R.), *Traité des obligations en général, Sources des obligations*, t. 1, Arthur Rousseau, 1921, p. 80, n° 16 *ter* ; MARTIN de la MOUTTE (J.), *L'acte juridique unilatéral. Essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, préf. P. Raynaud, Sirey, 1951, p. 52, n° 44 ; ROUJOU de BOUBÉE (G.), *thèse préc., loc. cit.*, définissant l'acte unilatéral collectif comme « un faisceau de volontés concordantes qui ont toutes le même contenu et qui tendent toutes vers la réalisation d'un même but ».

⁶⁰⁴ TERRÉ (F.), *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, L.G.D.J., 1956.

⁶⁰⁵ TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. Précis, 11^{ème} éd., 2013, p. 102, n° 78 : « Reposant sur un accord de volontés, les contrats ont le plus souvent pour objet de réaliser "une permutation de biens ou de services". Ainsi en va-t-il notamment de la vente, du louage, du contrat d'entreprise, du prêt à intérêts qui répondent à des besoins économiques évidents. Afin de désigner cette réalité, on emploie parfois l'expression de "contrat-échange". Pour d'autres références traditionnelles, v. HAMELIN (J.-F.), *Le contrat-alliance*, préface N. Molfessis, Economica, coll. Recherches juridiques, t. 30, 2012, p. 1, note de bas de page n° 3, et spéc. p. 11, n° 17 : « [...] il faut prendre conscience que le droit des contrats, tel qu'il est aujourd'hui conçu, n'a été bâti que sur le modèle de l'échange ».

⁶⁰⁶ DIDIER (P.), « Le consentement sans l'échange : le contrat de société », in *RJ com.*, numéro spécial novembre 1995, p. 74, *spéc.* p. 75.

⁶⁰⁷ *Ibid.*

⁶⁰⁸ « Dans la vente, notamment, chacun des contractants vise à s'assurer les conditions les plus avantageuses, et les avantages qu'il obtient ne peuvent l'être au détriment de la partie adverse ; les prestations réciproques ne parviennent que rarement à s'équilibrer. La société, au contraire, ne provoque ni n'implique aucun antagonisme entre les contractants ; si l'opération donne des bénéfices, tous les associés, par définition même, sont appelés à en profiter » (THALLER (E.), par PIC (P.), *Traité élémentaire de droit commercial*, t. 1, Rousseau éditeur, 1908, p. 90, n° 85).

⁶⁰⁹ DIDIER (P.), « Brèves notes sur le contrat-organisation », in *Mélanges en hommage à François Terré, L'avenir du Droit*, Dalloz, 1999, p. 635, *spéc.* p. 636. *Adde -*, « La théorie contractualiste de la société », *Rev. sociétés* 2000, p. 95.

Ce contrat connaît en doctrine un essor certain. Comme le remarque le professeur Molfessis, « il en va sans doute du droit comme de l'alpinisme : l'ascension vers les sommets inexplorés suppose que des voies nouvelles soient tracées, sillons inédits que pourront ensuite emprunter ceux qui entendent progresser sur les mêmes versants. Il y a quelques années, Paul Didier ouvrait la voie d'une réflexion originale et féconde, qui devait le conduire à distinguer les contrats-échange des contrats-organisation. Depuis lors, la Voie Didier a attiré de jeunes grimpeurs de grande envergure : François Chénéde, Suzanne Lequette et Jean-François Hamelin. Chacun selon son propre style et chacun suivant son objectif, ils ont apporté à quelques mois d'intervalles une contribution exceptionnelle à la théorie des contrats (voire des obligations, pour le premier cité) » (MOLFESSIS (N.), préface de HAMELIN (J.-F.), *Le contrat-alliance*, Economica, coll. Recherches juridiques, t. 30, 2012).

Adde CHÉNEDÉ (F.), *Les commutations en droit privé, Contribution à la théorie générale des obligations*, préf. A. Ghozi, Economica, coll. Recherches juridiques, t. 17, 2008, p. 6, n° 5 ; LEQUETTE (S.), *Le contrat-coopération, Contribution à la théorie générale du contrat*, préf. Cl. Brenner, Economica, coll. Recherches juridiques, t. 28, 2012.

tâche, la divise en parties élémentaires et les répartit d'une manière ou d'une autre, entre les contractants »⁶¹⁰.

S'agissant de son régime, le professeur Didier observe que les règles générales applicables aux contrats-échange le sont également aux contrats-organisation, dans la mesure où ils créent à la charge des parties des obligations. Toutefois, ces derniers produisent des effets qui leur sont propres en raison de leur nature spécifique, lesquels correspondent précisément à ceux de la société. En effet, d'une part, ces contrats définissent eux-mêmes l'activité qui est leur objet. Et, d'autre part, ils instituent les organes chargés d'assurer et de garantir la réalisation de cette activité, selon une organisation plus ou moins complexe⁶¹¹.

Si l'imprécision de la définition et du régime du contrat-organisation peut être regrettée⁶¹², en revanche, cette nouvelle catégorie a pour avantage de mettre en évidence « [...] l'unité d'intérêt poursuivi tout en intégrant la dimension organisationnelle de la société »⁶¹³, laquelle peut elle-même être décrite comme un nœud de liens juridiques⁶¹⁴. La détermination des règles gouvernant cette dimension organisationnelle peut avoir deux sources : la volonté des parties ou la loi.

La société apparaît dès lors comme un contrat plus ou moins réglementé selon l'importance de l'interventionnisme étatique dans son organisation. C'est ainsi que la législation de la société anonyme et celle de la SARL sont marquées par un ordre public conséquent, tandis que celle de

Comp. en droit comparé, spécialement en droit allemand : DUCOULOUX-FAVARD (C.), « Nature juridique du contrat de société, un exemple d'écueil possible pour le comparatiste », *Rev. sociétés* 1966, p. 3, *spéc.* p. 10 : « le contrat de société n'est pas un contrat synallagmatique, ce n'est pas non plus un contrat faisant naître des obligations subjectives, ni un contrat liant réciproquement les parties mais un contrat d'une catégorie spéciale, un *Organisationsvertrag* » ; PEGLOW (K.), *Le contrat de société en droit allemand et en droit français comparés*, préf. de J.-B. Blaise, L.G.D.J., 2003, p. 403, n° 707 : « Aujourd'hui, le contrat des sociétés de personnes est considéré à l'unanimité comme un contrat-organisation qui se révèle simultanément un contrat générateur d'obligations » ; et p. 404, n° 708 : « En l'appelant "contrat-organisation", on qualifie en réalité le contrat de société par rapport aux éléments qui le distinguent d'un simple rapport générateur d'obligation ».

⁶¹⁰ DIDIER (P.), « Brèves notes sur le contrat-organisation », *art. préc., spéc.* p. 637.

⁶¹¹ DIDIER (P.), *art. préc., spéc.* p. 638-639.

⁶¹² L'intitulé même de l'article du Professeur Didier « Brèves notes sur le contrat-organisation » laisse supposer l'absence d'exhaustivité de ses propos. S'agissant de la définition donnée, il indique que celle-ci n'est qu'« esquissée » (DIDIER (P.), *art. préc., spéc.* p. 637). Concernant le régime de ce contrat, v. par exemple ses propos relatifs à la loi de la majorité : « Dans les contrats-organisation les plus élaborés comme les sociétés et les associations, il a été très vite admis que les statuts, quoique adoptés à l'unanimité, pouvaient être modifiés à la loi de la majorité. Les nécessités pratiques commandent cette solution et des raisons théoriques la justifient. On en a parfois déduit que les organisations n'étaient point des contrats. La conclusion est peut-être hâtive. En effet, la loi de la majorité ne s'est développée qu'en parallèle avec la libre cessibilité des droits de membres de l'organisation ».

Pour la proposition de l'élaboration du régime de ces contrats, v. HAMELIN (J.-F.), *thèse préc.*, p. 215, n° 301. La reconnaissance de cette catégorie de contrat permettrait notamment de ne plus recourir à la notion artificielle d'*affectio societatis* : « En résumé, l'*affectio societatis*, [...] est l'illustration parfaite du malaise notionnel qu'inspire l'existence d'un intérêt commun à une doctrine, si ce n'est à une jurisprudence, dont l'esprit est profondément imprégné par la logique de l'échange et donc de l'opposition des intérêts. Ainsi, alors que l'*affectio societatis* n'est finalement que le consentement au contrat de société, beaucoup cédèrent à la tentation d'en faire une notion originale. »

⁶¹³ DEBOISSY (Fl.), *op. cit., spéc.* p. 135, n° 27.

⁶¹⁴ V. en ce sens : LIBCHABER (R.), « Pour un renouvellement de l'analyse des droits sociaux », in *Aspects actuels du droit des affaires : mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p. 717, *spéc.* p. 729, n° 11 : « [...] le contrat est avant tout un nœud de liens juridiques, un complexe de flux obligatoires, auquel chacune des parties se trouve assujettie ».

la SAS se caractérise par un ordre public limité⁶¹⁵. Les dispositions encadrant l'agrément sont à cette image : plus ou moins marquées par l'ordre public de l'organisation sociétaire dans laquelle il s'insère et, spécialement, selon le contenu des droits et des devoirs des associés, c'est-à-dire, de leur position contractuelle.

II. Les déductions possibles sur le contexte d'application de l'agrément en droit des sociétés.

164. Plan. De la qualification de la société en tant que contrat-organisation s'infère le contexte juridique dans lequel évolue l'agrément. Par élimination, celui du transfert d'une position sociétaire s'imposera car cette modalité réalise un contrôle de la personne substituée dans les droits du cocontractant initial (A). En outre, la mise en exergue de ce contexte est utile (B) car elle explique non seulement la présence d'un agrément, mais elle permettra aussi de résoudre, selon un nouveau point de vue, les difficultés posées par sa mise en œuvre.

A. Un mécanisme de contrôle du transfert d'une position « sociétaire »⁶¹⁶.

À partir de la conception adoptée de la société, il est en théorie possible de déterminer, dans un premier temps, la nature des droits sociaux. La détermination de celle-ci permettra, ensuite, de savoir précisément quel objet est ainsi transféré lors de leur cession⁶¹⁷ et, plus largement, lors de toute opération juridique emportant le même effet.

165. La justification de l'intervention de l'agrément lors d'un transfert de droits sociaux. L'agrément ne peut trouver son fondement que dans le contenu même du contrat de cession, ou plus généralement, tout contrat ayant pour objet le transfert de droits sociaux.

⁶¹⁵ PAILLUSSEAU (J.), « La nouvelle société par actions simplifiée. Le *big bang* du droit des sociétés ! », *D.* 1999, p. 333 ; LE CANNU (P.), « La SAS pour tous », *Bull. Joly Sociétés* 1999, § 198, p. 841.

⁶¹⁶ Pour la genèse de l'expression, v. LACROIX - DE SOUSA (S.), *La cession de droits sociaux à la lumière de la cession de contrat*, préf. M.-E. Ancel, avant-propos L. Aynès, L.G.D.J., Fondation Varenne « Collection des Thèses », t. 37, 2010, p. 138, n° 154 : « L'expression "cession de position sociétaire" semble plus juste que celle de "cession de contrat" qui renvoie trop à la question de la patrimonialité du contrat et plus précise que celle générale de "cession de position contractuelle". Elle rend compte de ce lien fondamental entre les droits sociaux et le contrat de société ».

⁶¹⁷ En ce sens, v. LIBCHABER (R.), *art. préc., spéc.* p. 721, n° 4.

Pour des discussions relatives au régime juridique applicable à la cession de droits sociaux, v. CAFFIN-MOI (M.), *Cession de droits sociaux et droit des contrats*, préf. D. Bureau, Economica, coll. Recherches juridiques, t. 21, 2009 ; LACROIX - DE SOUSA (S.), *thèse préc.*

En effet, l'*intuitu personae* que l'agrément protège n'intéresse pas les parties à ce contrat de transfert, mais des personnes qui lui sont extérieures : les associés du cédant. Comment justifier, alors, l'atteinte à l'effet relatif du contrat de cession par l'immixtion d'un *intuitu personae* qui lui est étranger ? Si l'agrément ne trouve pas sa raison d'être au sein de ce contrat de transfert, cela signifie que son fondement est contenu dans l'objet transféré. Cette déduction est confirmée par le fait que l'agrément s'impose non seulement en cas de cession entre vifs des droits sociaux, mais aussi, lors de leur transmission pour cause de mort. Le verrou d'accès à la qualité d'associé que constitue l'agrément trouve donc son fondement au cœur même de l'objet transmis.

Dès lors, quelle est la nature de cet objet⁶¹⁸ ? L'agrément permet-il de contrôler la personne de l'ayant droit d'une créance ? D'un bien ? Ou d'une participation à un contrat ?

166. L'objet de la cession de droits sociaux : une créance ? Depuis le XIX^{ème} siècle, les droits sociaux sont considérés comme représentatifs d'une créance des associés sur la société, plus précisément, la créance leur donnant droit à la perception de bénéfices⁶¹⁹. Ce lien de droit peut être teinté d'*intuitu personae* si la personnalité des membres a influé la formation de la société. Cette vision est cependant trop réductrice : elle oublie non seulement de nombreuses prérogatives conférées par la qualité d'associé⁶²⁰, mais également, les devoirs que celle-ci implique⁶²¹.

167. L'objet de la cession de droits sociaux : un bien ? Une remarque similaire peut être faite à l'égard de la qualification de bien⁶²². Si, à l'instar d'une créance⁶²³, les droits sociaux cédés

⁶¹⁸ Pour une étude très approfondie de la question, v. CAFFIN-MOI (M.), *thèse préc.*, p. 257, n° 387.

⁶¹⁹ V. en ce sens, notamment : LE NABASQUE (H.), « Les actions sont des droits de créances négociables », in *Aspects actuels du droit des affaires : mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p. 671, *spéc.* p. 675, n° 7 ; LIBCHABER (R.), *art. préc.*, *spéc.* p. 718, n° 1.

Comp. DONZEL – TABOUCOU (Ch.), « Les actions : une espèce, au sein du genre des droits personnels », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Paul Le Cannu, Le droit des affaires à la confluence de la théorie et de la pratique*, p. 269, n° 1 : « Cette nécessité [de connaître les instruments de contrôle des sociétés] amène à s'interroger précisément sur leur nature juridique ; si celle des parts sociales est bien connue et fait consensus – ce sont indubitablement des créances – [...] ». L'auteur prend parti pour le caractère accessoire des autres droits : « [...] la classification des autres droits dans la catégorie des droits personnels ou réels n'est pas impérative pour déterminer l'ensemble dans lequel les actions doivent être placées. Il suffit de savoir que le droit au partage du bénéfice ou l'économie réalisée est un droit personnel. En effet, la règle selon laquelle "l'accessoire suit le principal" permet de se fonder uniquement sur cette qualité substantielle pour déterminer que les actions relèvent globalement des droits personnels ».

Contra CAFFIN-MOI (M.), *thèse préc.*, p. 266, n° 405 : « On écartera d'emblée la thèse du caractère accessoire des droits politiques par rapport aux droits patrimoniaux. S'ils influent ou conditionnent parfois l'exercice ou le produit des droits financiers, ils ne sont en aucun cas un simple accessoire [...] la réglementation de la saisie des droits d'associé en atteste, l'article 184 du décret d'application de la loi du 9 juillet 1991 disposant que "Pacte de saisie rend indisponibles les droits pécuniaires du débiteur", ce qui signifie *a contrario* qu'il n'en est pas de même pour les droits politiques ».

⁶²⁰ Droit aux dividendes, droit de profiter des économies, droit de vote, droit à l'information, droit de mettre en jeu la responsabilité des dirigeants sociaux, droit de convocation etc.

⁶²¹ V. déjà en ce sens : TROPLONG (R.-Th.), *Le droit civil expliqué suivant les articles du Code, Du contrat de société civile et commerciale*, t. 2, Charles Hingray, Libraire éditeur, 1843, p. 154, n° 140 : « L'actionnaire est plus qu'un simple créancier. Le droit du créancier ne varie pas suivant que le patrimoine du débiteur augmente ou diminue ; il demeure invariablement tel que la convention l'a fixé ».

⁶²² Pour une démonstration en ce sens, v. MOULIÈRE (F.), *Essai sur les fondements réels du droit des sociétés*, thèse Rennes 1, 2009. *Addé* QUIEVY (J.-F.), *Anthropologie juridique de la personne morale*, préf. D. R. Martin, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé,

peuvent incontestablement avoir une valeur patrimoniale, cette qualification ne rend pas davantage compte de la globalité des droits et obligations de l'associé, et spécialement de l'existence de l'*intuitu personae* entre eux, lequel ne peut être rattaché à un bien, même sous le prisme de la qualification des « biens incorporels *sui generis* »⁶²⁴. Au contraire d'une réification des droits sociaux, l'agrément, à travers le contrôle de la personnalité de son demandeur, impose de superposer à ce point de vue patrimonial une conception personnaliste des rapports sociaux. Seule une vision globale des droits sociaux permet d'en respecter la complexité⁶²⁵.

168. L'objet de la cession de droits sociaux : une position contractuelle ? Par élimination, une dernière qualification possible est celle d'une cession de la participation au contrat de société. Actuellement minoritaire en doctrine, celle-ci ne cesse néanmoins de faire des émules, spécialement à l'orée du développement de la théorie du contrat-organisation⁶²⁶. La citation de l'opinion partisane de trois auteurs en renforce l'analyse.

- Le premier à prôner cette qualification fut le professeur Malaurie, décrivant les spécificités de la cession de contrat de la sorte : « La cession de parts sociales n'est sans doute pas une simple cession

t. 510, 2009 ; COUPET (C.), *L'attribution du droit de vote dans les sociétés*, préf. H. Synvet, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, t. 561, 2015, p. 77, n° 70. *Comp.* TADROS (A.), *La jouissance des titres sociaux d'autrui*, préf. Th. Revet, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, vol. 130, 2013, p. 113, n° 109 : « Ni droits personnels, ni droits réels, les titres sociaux doivent s'analyser comme des entités autonomes en marge de la distinction des droits patrimoniaux. »

V. également les travaux du professeur Martin : -, « Usufruit et propriété des titres sociaux », *D.* 2009, p. 2444, *spéc.* p. 2445 : « L'associé n'est pas créancier social, mais cotitulaire du patrimoine social et, comme tel, subpropriétaire indivis de l'actif social » ; -, « De la nature corporelle des valeurs mobilières (et autres droits scripturaux) », *D.* 1996, chron. 17, p. 47 ; -, « Valeurs mobilières : défense d'une théorie », *D.* 2001, p. 1229 ; -, « La propriété de haut en bas », *D.* 2007, p. 1977. *Adde* ALLEGAERT (V.), « De la propriété des valeurs mobilières », *Bull. Joly Sociétés* 2005, p. 340.

Comp. néanmoins : Cass. com., 4 décembre 1963, *Bull. civ.* III, n° 346 : « Dans une société commerciale, telle une société à responsabilité limitée, l'associé ne possède, du fait de son droit social, aucun droit de propriété sur les biens de la société et ne détient qu'un droit de créance limité, pendant la durée de la société, à sa part dans les bénéfices ».

Soulignant une tendance à réifier les droits que l'associé détient dans le groupement dont il est membre, la fréquence de l'expression selon laquelle les sociétés de personnes « émettent des parts » : LE NABASQUE (H.), *art. préc.*, *spéc.* p. 675, n° 8, note de bas de page n° 18. *Comp.* TADROS (A.), *thèse préc.*, *loc. cit.* : « Ce bien, l'action ou la part sociale [...] ».

⁶²³ Et d'un contrat : FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *Droit civil, Les obligations, t. 3. Le rapport d'obligation*, Dalloz, coll. Sirey Université, 12^{ème} éd., 2009, p. 343, n° 401 : « [...] il faut redire ici ce qui a été dit à propos des créances : même si le contrat constitue une valeur, un bien, ce n'est pas un bien comme un autre. Le contrat ne vaut que par les obligations qu'il engendre et, malgré une atténuation certaine de ce caractère, l'obligation demeure un lien personnel. »

⁶²⁴ TADROS (A.), *thèse préc.*, *loc. cit.*

⁶²⁵ V. en ce sens : LIBCHABER (R.), *art. préc.*, *spéc.* p. 720, n° 3.

⁶²⁶ V. *supra* n° 163.

Également : MAGNIER (V.), *Rapprochement des droits dans l'Union européenne et viabilité d'un droit commun des sociétés*, préf. B. Oppetit, L.G.D.J., 1999, p. 141, n° 383 ; ANCEL (M. E.), *La prestation caractéristique du contrat*, préf. L. Aynès, *Economica*, coll. Recherches Juridiques, t. 2, 2002, p. 140, n° 193 ; MATHEY (N.), *Recherche sur la personnalité morale en droit privé*, thèse Paris II, 2001, p. 212 : « [...] la notion de contrat-organisation proposée par Monsieur Didier est certainement la formulation la plus exacte de ce qu'est réellement cet acte qui se trouve si souvent au fondement des personnes morales » ; LUCAS-PUGET (A.-S.), *Essai sur la notion d'objet du contrat*, préf. M. Fabre-Magnan, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, t. 441, 2005, p. 13, n° 21 : « Les contrats dit "d'organisation" [...] se distinguent par leur vocation à régir les relations des parties sur du long terme, ainsi les contrats-cadre ou les contrats de société, mais la réalisation de cette finalité spécifique se traduira nécessairement par l'exécution conjointe des prestations. L'évocation de ces contrats dits "d'organisation" sous-tend un autre "paramètre" dont on relève aujourd'hui l'influence considérable sur la perception traditionnelle du contrat : le temps ».

Adde les références citées par : LACROIX - DE SOUSA (S.), *La cession de droits sociaux à la lumière de la cession de contrat*, préf. M.-E. Ancel, avant-propos L. Aynès, L.G.D.J., Fondation Varenne « Collection des Thèses », t. 37, 2010, p. 138, n° 153.

de créance ; mais elle est la cession de l'ensemble des droits et obligations qui appartiennent et qui pèsent sur l'associé, c'est-à-dire la cession de la qualité d'associé : il s'agit donc d'une cession de la qualité de contractant, ce qui paraît bien constituer l'objet même de la cession de contrat »⁶²⁷.

- Dans un article intitulé « Pour un renouvellement de l'analyse des droits sociaux », le professeur Libchaber défend une opinion similaire, valorisant la substitution de personne réalisée par la cession des droits sociaux⁶²⁸. À cette fin, l'auteur identifie d'abord les hypothèses de substitution grâce au contrat de bail ; seul contrat pour lequel le Code civil de 1804 avait mentionné la faculté d'y céder sa place⁶²⁹. Puis il les compare à la cession de droits sociaux pour conclure à leur analogie. Ayant pour dénominateur commun l'agrément, ces hypothèses de substitution sont au nombre de trois.

- En premier lieu, en l'absence d'agrément, pour le cas où la personne du cocontractant est indifférente, sa substitution dans la première convention s'opère par la seule force de la seconde. Cet exemple est non seulement celui donné par l'article 1717 du Code civil, mais aussi celui des sociétés de capitaux présentant une structure ouverte⁶³⁰.

- En second lieu, pour le cas où la personne du cocontractant n'indiffère pas les autres parties au contrat, les effets de la convention de substitution demeurent alors suspendus à l'agrément des principaux intéressés. Cette hypothèse fait figure d'exception par rapport à l'alinéa 1^{er}, *in fine* de l'article 1717, précité. Elle correspond également à la situation présentée par les sociétés de personnes dans lesquelles « la personnalité et la solvabilité de chaque associé pèsent de façon décisive dans la confiance d'ensemble inspirée aux tiers »⁶³¹.

- En troisième et dernier lieu, pour le cas où, cette fois, l'agrément aurait été refusé, la partie voulant se délier du contrat subira les effets de ce refus. Il est toutefois possible de les contrer, en partie grâce à une dernière hypothèse de substitution : celle de la conclusion d'un sous-contrat. Le contractant initial continuera certes d'être tenu juridiquement par le contrat initial,

⁶²⁷ MALAURIE (Ph.), *La cession de contrat*, Cours de doctorat, Paris II, 1976, p. 20. *Comp.* néanmoins MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.), *Droit des obligations*, Defrénois, coll. Droit civil, 8^{ème} éd., 2016, p. 476, n° 852 : « La cession de droits sociaux, actions ou parts, n'est pas non plus une cession de contrat. La cession a pour objet un bien incorporel ; elle entraîne cession de la qualité d'associé, plutôt que celle de partie au contrat de société ».

⁶²⁸ LIBCHABER (R.), « Pour un renouvellement de l'analyse des droits sociaux », in *Aspects actuels du droit des affaires : mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p. 717, *spéc.* p. 722, n° 5, note de bas de page n° 16 pour les références à d'autres auteurs favorables à cette opinion.

⁶²⁹ C. civ., art. 1717 : « Le preneur a le droit de sous-louer et même de céder son bail à un autre, si cette faculté ne lui a pas été interdite ». V. *supra* n° 18.

⁶³⁰ LIBCHABER (R.), *art. préc.*, *spéc.* p. 726, n° 9 : « [...] la solvabilité de chaque associé n'important pas, on accepte sans difficulté que l'un d'eux cède la place à un tiers sans recevoir l'accord de ses coassociés. Les actions sont *a priori* librement cessibles : le cédant peut être libéré sans que ses coassociés y aient consenti. Au regard de cette cessibilité de principe, l'insertion des droits dans un titre négociable se borne à ce supplément d'efficacité que représente une transmissibilité affranchie des formes civiles ».

⁶³¹ *Ibid.*

mais ses effets économiques se réaliseront dans le patrimoine du tiers cessionnaire. Connue sous le nom de « convention de croupier », celle-ci était consacrée par l'ancien article 1861 du Code civil, aujourd'hui abrogé⁶³². En dépit de sa suppression textuelle, cette convention n'en demeure pas moins valable⁶³³.

- Enfin, un troisième et dernier auteur, le professeur Deboissy, a conclu son article ayant pour objet de démontrer la nature contractuelle de la société en affirmant que : « [...] la qualité d'associé exprime incontestablement une position contractuelle [...] [matérialisée] par des titres sociaux, actions ou parts sociales »⁶³⁴. Cette conception des droits sociaux est d'autant plus convaincante que, précédemment, il a été démontré la nature contractuelle des rapports entre associés⁶³⁵.

169. Les droits sociaux : la représentation d'une fraction du contrat de société. S'il est admis que les droits sociaux représentent la participation de l'associé au sein de la société, ces derniers sont alors une fraction de ce contrat⁶³⁶, englobant des droits de nature différente, traditionnellement dénommés par la doctrine sous le nom des droits politiques et pécuniaires de l'associé.

Les droits sociaux seraient ainsi une sorte d'enveloppe ayant pour support ce contrat, et dont la substance se compose d'un ensemble de prérogatives de l'associé⁶³⁷, composées de pouvoirs⁶³⁸ et d'obligations, comme celle de la contribution aux pertes. Ces prérogatives revêtent également une dimension patrimoniale en raison des apports, lesquels seront repris par le cessionnaire lors d'une cession. Ceci explique que le contrat de société ne s'épuise pas instantanément une fois l'apport initial réalisé⁶³⁹. Car c'est précisément cet apport qui donne une valeur patrimoniale à la

⁶³² Cet article disposait que : « Chaque associé peut, sans le consentement de ses associés, s'associer une tierce personne relativement à la part qu'il a dans la société : il ne peut pas, sans ce consentement, l'associer à la société, lors même qu'il en aurait l'administration ».

⁶³³ V. *infra* n° 585, n° 633 (droit prospectif).

Adde NÉRET (J.), *Le sous contrat*, préf. P. Catala, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, t. 163, 1979.

⁶³⁴ DEBOISSY (Fl.), « Le contrat de société », in *Rapport français pour les journées brésiliennes organisées par l'association Henri Capitant sur le thème du contrat*, 2005, éd. Société de législation comparée, 2008, p. 119, *spéc.* p. 142, n° 40.

⁶³⁵ Dotée ou non de la personnalité morale, et dont l'organisation est plus ou moins réglementée, v. *supra* n° 161 et s.

⁶³⁶ CAUSSE (H.), *Les titres négociables*, préf. B. Teysie, Litec, 1993, p. 29, n° 52.

⁶³⁷ DEBOISSY (Fl.), *ibid.* : « la relation nouée entre chacun des associés et la société est de nature contractuelle ».

⁶³⁸ DEBOISSY (Fl.), *art. préc.*, *spéc.* p. 133, n° 24 : « [...] en dépit de la terminologie employée, les prérogatives sociales conférées à l'associé en raison de sa qualité constituent moins des droits subjectifs que des pouvoirs puisque leur exercice est subordonné au respect de cet intérêt commun ».

Adde GAILLARD (E.), *Le pouvoir en droit privé*, préf. G. Cornu, Économica, coll. Droit civil, 1985.

⁶³⁹ LIBCHABER (R.), *art. préc.*, *spéc.* p. 723, n° 6 : « [...] l'associé désireux de se retirer de la société en se substituant un tiers se fera par lui restituer son apport – à sa valeur actuelle –, de telle manière que le nouvel associé aura symboliquement renouvelé l'acte d'apport envers la société ».

Contra AYNÈS (L.), *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, préf. Ph. Malaurie, Économica, 1984, p. 206, n° 290 : « Ainsi, la particularité des contrats créateurs d'un groupement réside-t-elle dans le caractère instantané de la réalisation de leur objet. À de rares exceptions près, la force obligatoire du contrat s'épuise dans l'obligation d'apporter, qui est aussi la condition de réalisation de l'objet du contrat, l'organisation d'un groupement [...] ».

cession de position sociétaire en raison non seulement de sa valeur intrinsèque mais aussi, d'un droit aux bénéfices ou aux économies suscitées par l'activité sociale⁶⁴⁰, du droit au remboursement de l'apport lors de la dissolution de la société et, enfin, de la plus-value présentée par cet apport, s'il confère le contrôle de la société⁶⁴¹. Ces droits patrimoniaux ne sont toutefois qu'éventuels car ils dépendent de la prospérité de la société.

Contrairement à une analyse des droits sociaux en tant que bien, cette conception contractuelle oblige, par ailleurs, à revoir les opérations dont ils peuvent faire l'objet sous l'angle unique de cette dimension patrimoniale et des prérogatives de gestion qui l'accompagnent⁶⁴². À propos du démembrement des droits sociaux, l'alinéa 2 de l'article 1844 du Code civil semble confirmer ce point de vue lorsqu'il restreint le droit de vote de l'usufruitier aux décisions ayant pour objet l'affectation des bénéfices⁶⁴³.

Une difficulté subsiste néanmoins : elle consiste à préciser la qualification de la masse patrimoniale ou financière créée par la réunion des apports. Cette propriété collective peut classiquement s'analyser comme une indivision dans le cadre d'une société sans personnalité morale⁶⁴⁴ ou, dans le cas contraire, être affectée dans le patrimoine de la société, laquelle est alors titulaire des droits réels sur cette masse, mais dont la gestion appartient aux associés à travers l'exercice de leurs droits politiques. Leur position contractuelle se compose donc d'un ensemble complexe de droits et d'obligations les uns vis-à-vis des autres, mais aussi vis-à-vis de cette masse

⁶⁴⁰ V. notamment : QUIEVY (J.-F.), *Anthropologie juridique de la personne morale*, préf. D. R. Martin, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, t. 510, 2009, n° 35 : « [...] le droit au dividende s'adjoit au droit d'associé, sans lui être consubstantiellement lié : il n'est pas une prestation due à l'associé, à raison de la seule titularité de son droit. Aussi, la nature juridique du dividende ne livre-t-elle aucun indice de celle du droit d'associé ».

⁶⁴¹ Ce que les gestionnaires connaissent notamment sous le nom de « goodwill » : « Le goodwill est l'écart entre la valeur des capitaux propres et le montant des capitaux propres investis » (VERNIMMEN (P.), par QUIRY (P.) et LE FUR (Y.), *Finance d'entreprise*, Dalloz, 2017, p. 891, n° 44.8).

⁶⁴² LIBCHABER (R.), *art. préc., spéc.* p. 733, n° 17, à propos de l'usufruit : « Qu'est-ce qui empêche de considérer, dans le cas d'un usufruit conventionnel ou successoral, qu'il y a en réalité démembrement de la seule prérogative patrimoniale et frugifère dans la qualité d'associé, soit le droit aux dividendes ou à la restitution des apports ? [...] Dans le système à présent évoqué, une découpe plus explicite des droits de l'usufruitier permettrait d'éviter qu'un tel bénéfice ne s'étende à toutes les sommes nées dans le cadre des droits sociaux. [...] l'usufruitier pourrait bénéficier des dividendes, il ne profitera d'une éventuelle restitution finale des apports qu'à titre de quasi-usufruitier. Mais telle est bien la limite de ses droits : tout le reste reviendrait en pleine propriété au nu-propriétaire ». À propos du nantissement : « [...] dans notre perspective, le mécanisme de la saisie débouche sur une cession forcée du contrat, dont l'indemnité est attribuée au créancier saisissant. Par déduction, en remontant au nantissement, on peut admettre qu'il doit en réalité porter sur le droit de l'associé à la restitution de son apport actualisé, qui sera mis en œuvre par le reprenneur en cas de cession forcée ». L'auteur conclut (*art. préc., spéc.* p. 735, n° 18) : « Bien sûr, on entre ici dans des complications un peu décourageantes. Encore présentent-elles un certain mérite : dans le cadre de l'analyse des droits sociaux en créance de somme d'argent, il paraissait évident que l'usufruit comme le nantissement devaient s'analyser en démembrements certes distincts, mais ayant un objet identique : la créance de somme d'argent, en laquelle s'incarne les droits sociaux. À la faveur d'un renouvellement de l'analyse, ces deux “démembrements” paraissent brusquement inconciliables, comme si leurs objets n'avaient décidément rien à voir l'un avec l'autre. N'est-ce pas le signe que la conception classique des droits sociaux n'est satisfaisante qu'en apparence, que l'on ne peut s'en contenter qu'à la condition de ne pas la questionner de trop près ? »

⁶⁴³ Cette analyse restrictive des droits de l'usufruitier a été confirmée par le refus de lui étendre un droit de participer aux assemblées, « autres que celles qui concernent l'affectation des bénéfices » (Cass. 3^{ème} civ., 15 septembre 2016, n° 15-15.172 (FS-P+B), M. c/ G., Rev. sociétés 2017, p. 30, note (Th.) RAVEL d'ESCLAPON).

⁶⁴⁴ En ce sens, C. civ., art. 1872.

patrimoniale. En outre, la suppression progressive du montant minimal du capital social dans presque toutes les sociétés renforce, à l'évidence, une conception contractuelle des droits de l'associé.

170. Observations générales du A. La légitimité de la qualification des droits sociaux en tant que position contractuelle. Le contenu de l'enveloppe que représente les droits sociaux varie en fonction de la forme sociale adoptée, et des aménagements statutaires permis par la liberté contractuelle telle que, par exemple, la considération de la personnalité des associés lors de la conclusion du contrat de société. Leur forme, parts sociales ou actions, n'influe pas sur ce contenu qui est substantiellement le même⁶⁴⁵. Dès lors, puisque les droits sociaux sont une fraction de ce contrat, l'*intuitu personae* qui le caractérise est nécessairement inséré dans l'objet même de la cession : la position sociétaire de l'associé. Cette caractéristique qu'est l'*intuitu personae*, dont l'origine se trouve lors de la formation du contrat de société, prend alors la forme d'un agrément opposable aux tiers lors d'une cession. Cette modification du sociétariat fait resurgir la volonté originelle des associés de conclure ensemble ce contrat, à l'exclusion de toute autre personne. Une telle résurgence explique, par ailleurs, que la cession n'opère pas novation⁶⁴⁶. La révélation du contexte juridique dans lequel s'insère l'agrément légitime, ainsi, la solution précédemment proposée⁶⁴⁷.

B. Un contexte utilement révélé.

171. Plan. Qualifier la cession de droits sociaux en tant que cession d'une position contractuelle est la seule analyse permettant non seulement d'expliquer la présence de l'agrément (1), mais aussi de légitimer la proposition de son application obligatoire (2).

⁶⁴⁵ V. en ce sens : LE NABASQUE (H.), « Les actions sont des droits de créances négociables », in *Aspects actuels du droit des affaires : mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003, *spéc.* p. 675, n° 7 et n° 8 : « [...] à l'instar des parts, les actions ne sont que des droits de créance, à cette seule différence qu'elles sont, par la vertu de leur représentation, qui leur permet de circuler selon les modes simplifiés du droit commercial, des droits de créance négociables et pas seulement cessibles. Là est la différence, et toute la différence, entre une « part » (on devrait dire un droit) et une action. Elle tient au mode de circulation des droits que l'une et l'autre enferment ; elle ne tient pas aux droits eux-mêmes, à leur nature ou à leur contenu ».

⁶⁴⁶ LIBCHABER (R.), *art. préc.*, *spéc.* p. 728, n° 10.

⁶⁴⁷ V. *supra* n° 139 et s.

1. Une analyse seule apte à expliquer la présence de l'agrément.

172. Une concordance de la cession de droits sociaux avec la définition de la cession de contrat donnée par le Code civil. La persistance des manifestations de l'*intuitu personae* lors des cessions de droits sociaux renforce l'analyse selon laquelle la société, même après sa formation, conserve une nature contractuelle dans les rapports entre associés⁶⁴⁸. Il en résulte que leurs droits sont une représentation de la participation à ce contrat ; qualification d'ailleurs seule capable d'expliquer la présence de l'agrément⁶⁴⁹ car l'*intuitu personae* qu'il protège fait partie intégrante de l'objet cédé. Mais pour autant, l'absence de cette caractéristique ne change pas fondamentalement la nature de la société, son défaut contribue seulement à simplifier les rapports entre associés, ainsi que les modalités de cession de leur participation. Cette opinion est confortée par la définition nouvellement donnée de la cession de contrat par l'article 1216 du Code civil selon lequel : « Un contractant, le cédant, peut céder sa qualité de partie au contrat à un tiers, le cessionnaire, avec l'accord de son cocontractant. »

Cette définition souligne que la cession de contrat n'a pas pour objet le transfert de l'addition d'une cession de créance et d'une cession de dette, mais la cession de la qualité de partie à un contrat, c'est-à-dire, qu'elle réalise une substitution, pour l'avenir, d'une personne à une autre dans une relation contractuelle⁶⁵⁰. Or quel autre exemple illustre mieux cette cession que le transfert de la qualité d'associé réalisé par la cession de droits sociaux ? L'originalité de cette qualité a été mise en évidence : elle consiste à conférer un droit d'intervention dans la vie sociale⁶⁵¹. En outre, cette participation requiert une exécution successive du contrat de société sans laquelle la réalisation de l'objet social ne serait pas possible. Indispensable, cette caractéristique l'est pour qu'un contrat puisse être cédé pour l'avenir. Enfin, la cession des droits sociaux n'opère pas novation du contrat initial⁶⁵² ; la survie de la société à chacun de ces transferts illustre l'effet principal réalisé par la cession de contrat.

⁶⁴⁸ Pour la démonstration de la nature contractuelle de la situation des dirigeants, v. DEBOISSY (Fl.), « Le contrat de société », in *Rapport français pour les journées brésiliennes organisées par l'association Henri Capitant sur le thème du contrat, 2005*, éd. Société de législation comparée, 2008, p. 119, *spéc.* p. 143, n° 42.

⁶⁴⁹ V. *infra* n° 163, n° 169 et s.

⁶⁵⁰ AYNÈS (L.), *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, préf. Ph. Malaurie, Economica, 1984, p. 264, n° 398 : « Un tiers remplace l'un des contractants pour l'avenir ; il lui « succède » dans le contrat, il prend sa place dans la réalisation du projet qu'exprime la cause du contrat ».

Adde notamment : ANCEL (M. E.), *La prestation caractéristique du contrat*, préf. L. Aynès, Economica, coll. Recherches Juridiques, t. 2, 2002, p. 300, n° 390, parlant d'« ellipse » à propos de l'expression « cession de contrat ».

⁶⁵¹ V. en ce sens, la démonstration proposée par le professeur Viandier selon laquelle le droit d'intervention dans la vie sociale caractérise la qualité d'associé : VIANDIER (A.), *La notion d'associé*, préf. F. Terré, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, t. 156, 1978.

⁶⁵² Comme l'exprimait déjà Troplong : « [...] la cession de parts dans une société contient transport dans une universalité de droits » (TROPLONG (M.), *Du contrat de société civile et commerciale*, t. 2, éd. Charles Hingray, 1843, p. 242).

La définition donnée par la réforme du droit des contrats de cette opération tripartite coïncide donc avec celle des droits sociaux, laquelle transmet avant tout la qualité d'associé et non un bien : ce n'est qu'une fois cette qualité acquise que le cessionnaire dispose de prérogatives patrimoniales. Dès lors, l'exclusion des autres qualifications de la cession de droits sociaux semble parfaitement justifiée. Cependant, cette concordance n'est-elle pas contrariée par le régime de ces deux types de cession, civiliste et sociétaire ? Plus précisément, la généralisation proposée de l'agrément est-elle compatible avec l'accord exigé dans le cadre de la cession de contrat ?

2. Un agrément obligatoire légitimé.

Le régime de la cession de contrat distingue deux types d'accord de la part du cédé : un premier portant sur la cession de contrat et un second ayant pour objet la libération du cédant. Ces accords nécessitent d'être comparés avec l'agrément sociétaire afin de savoir si la proposition de sa généralisation est légitime.

173. L'alinéa 1^{er} de l'article 1216, nouveau, du Code civil. En premier lieu, cet alinéa exige un accord du cocontractant cédé à la cession de contrat. Cet accord se comprend comme étant à la fois une acceptation de la modification du contrat, mais aussi, un agrément du tiers cessionnaire. En effet, exiger un accord suppose que la qualité du cocontractant ait une importance pour le cédé et qu'il ait intérêt à savoir avec qui le contrat continuera, autrement dit, cela suppose que cette considération soit entrée dans le champ contractuel. À cette seule condition, le changement de cocontractant emporte une modification du contrat. Cet accord porte alors nécessairement sur les qualités du cessionnaire car, le cas échéant, une simple obligation d'information à la charge du cédant aurait peut-être été suffisante pour informer le cédé de ce changement. Le droit des sociétés semble plus précis sur ce point car cet accord a toujours pris la forme d'un agrément. En dépit de cette différence, le régime instauré par le droit commun des contrats permet-il de confirmer la proposition suggérée ?

173-1. Comparaison avec le droit des sociétés. Dans le cadre du droit spécial qu'est le droit des sociétés, la qualité de contractant cédé revient à la société ou, plus précisément, à la collectivité des associés incarnée par la société immatriculée⁶⁵³. La personne morale incarne en effet cette collectivité vis-à-vis des tiers, mais également vis-à-vis de chaque associé qui s'engage à respecter l'autonomie de ses attributs juridiques (capacité, patrimoine). Toutefois, il faut établir une nuance s'agissant de sa qualité au contrat de cession. La personnalité morale est une

⁶⁵³ BUCHBERGER (M.), *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé*, préf. M. Germain, éd. Panthéon-Assas, coll. Thèses, 2011

incarnation qui produit des effets différents à l'égard des tiers et des associés. Si elle peut être pleinement partie à un contrat avec un tiers, elle n'est qu'une représentante à l'égard de chaque associé, du contrat qu'ils ont conclu entre eux, comme le serait, par exemple, le représentant d'un incapable (en l'occurrence, la collectivité). Mais ce contrat entre les associés ne se dédouble pas en un contrat avec la personne morale. En présence d'une cession de droits sociaux, elle a ainsi la qualité de cédé, comme l'aurait chaque associé en l'absence de personnalité morale.

En outre, leur accord à la modification opérée par la cession de droits sociaux est dénommé « agrément » car, comme le démontre très nettement la pratique, l'important pour eux n'est pas tant d'accepter une modification de leur contrat, que de contrôler les qualités de la personne postulant à l'obtention du titre d'associé. La présence d'une procédure de rachat en cas de refus d'agrément, et spécialement, la possibilité pour la société de racheter ses droits, illustre cette hiérarchie de leurs intérêts. Autrement dit, peu importe aux associés de perdre l'un d'entre eux du moment que leur cercle reste fermé.

Or, actuellement, le domaine de cet agrément est particulièrement complexe en raison d'une source morcelée⁶⁵⁴ et de faits générateurs incertains⁶⁵⁵. Afin d'y remédier, il a été proposé de généraliser son application à l'ensemble des sociétés dont les titres ne sont pas négociés sur un marché réglementé⁶⁵⁶. Cette proposition est née d'une constatation : celle de la présence possible de l'*intuitu personae* dans toutes les sociétés, peu important qu'elles soient dites de personnes ou de capitaux.

Au-delà de ce clivage aux contours incertains, l'analyse de la nature de la société a révélé que l'agrément avait un fondement juridique solide : celui des rapports contractuels entre les associés, y compris après le stade de la formation de la société. Cette conclusion est logique car l'*intuitu personae* est purement subjectif, il ne peut résulter que de la volonté contractuelle. Dès lors, s'il subsiste après l'acquisition de la personnalité morale, cela signifie que le contrat initialement conclu entre les associés n'est pas anéanti par son immatriculation, ni même transcendé en une supposée institution. En outre, sa persistance se retrouve dans chaque société, que les droits sociaux soient des parts sociales ou des actions. En effet, ces derniers ne sont que la représentation d'une position contractuelle, cessibles selon un mode plus ou moins simplifié. L'analogie avec la cession de contrat de droit commun est alors inévitable : la cession des droits sociaux marqués d'*intuitu personae* nécessite elle aussi l'accord du cédé, tout comme l'impose le nouveau droit des contrats.

⁶⁵⁴ V. *supra* n° 89.

⁶⁵⁵ V. *infra* n° 191.

⁶⁵⁶ V. *supra* n° 140.

Par conséquent, en plus d'apparaître comme issu de l'essence des sociétés puisque l'agrément résulte de l'*intuitu personae* du pacte originel, le principe de sa généralisation s'articulerait parfaitement avec le droit positif, lequel pose la même solution pour les cessions de contrat. L'agrément généralisé apparaît de la sorte légitime, à la fois en fait et en droit. Mais la similitude entre le régime de la cession de contrat et celui de la cession de droits sociaux comporte toutefois des limites.

173-2. Limites de l'analogie entre le droit des contrats et le droit des sociétés. Précédemment, il a été observé la nécessité d'atténuer, dans un système prospectif, la généralité du principe d'un agrément obligatoire en raison de la spécificité de certaines sociétés⁶⁵⁷. Ainsi les sociétés par actions sont-elles spécialement concernées car leurs titres ont vocation à être négociés sans aucune contrainte. D'autres sociétés le sont également, du fait de la physionomie particulière qu'il leur fut donnée par le législateur, familiale ou professionnelle, comme le sont la société civile ou la SARL, par exemple⁶⁵⁸. Des exceptions sont donc nécessaires afin de permettre à ces sociétés de se libérer de l'agrément obligatoire.

Cependant, de telles exceptions n'existent pas dans le droit commun des contrats. Exiger un accord pour toutes les cessions, sans distinction, aboutit à supposer que tous les contrats sont conclus *intuitu personae*. Force est de constater que le postulat choisi par le législateur en 2016 semble le contraire de celui choisi en 1804. En effet, dans la version originale du Code civil, la personnalité des contractants, laquelle inclut leur patrimoine⁶⁵⁹, n'intégrait qu'exceptionnellement le champ contractuel. Par exemple, son article 1717 pose le principe de la cessibilité du contrat de bail, sauf interdiction du bailleur⁶⁶⁰. Le doute sur l'intention du législateur contemporain est toutefois permis car, en matière de vices du consentement, le domaine de l'erreur sur les qualités du cocontractant est toujours résiduel⁶⁶¹. En revanche, sa consécration de la jurisprudence relative à la cession de contrat est significative de son indifférence aux critiques adressées par le passé à celle-ci. À cet égard, le professeur Larroumet exprimait déjà le regret selon lequel : « L'exigence du

⁶⁵⁷ V. *supra* n° 145 et s.

⁶⁵⁸ V. *supra* n° 126 et s.

⁶⁵⁹ V. *supra* n° 19-2.

⁶⁶⁰ Il est également possible de citer l'ancien article 1110 du Code civil pour lequel l'erreur sur la qualité du cocontractant apparaissait comme une exception par rapport au principe posé à son alinéa 1^{er} (v. *supra* n° 18). V. depuis la réforme réalisée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 : C. civ., art. 1134. *Adde* ANDREU (L.), THOMASSIN (N.), *Cours de droit des obligations*, Gualino, 2^{ème} éd., 2017, p. 149, n° 351 ; LARROUMET (Ch.), BROS (S.), *Droit civil, Les obligations, Le contrat*, t. 3, Economica, 8^{ème} éd., 2016, p. 295, n° 337, p. 295.

Comp. LACHIEZE (Ch.), « L'autonomie de la cession conventionnelle de contrat », *D.* 2000, p. 184, *spéc.* n° 1 : « La cession conventionnelle de contrat [...] a ses partisans, mais ceux-ci prétendent qu'elle ne suppose pas le consentement du cédé. Cette conception nous paraît contraire au principe posé par l'[ancien] article 1134, al. 1^{er} du Code civil : la force obligatoire du contrat interdit que l'une des parties substitue un tiers sans le consentement de l'autre ».

⁶⁶¹ Le nouvel article 1134 confirme son caractère exceptionnel lorsqu'il dispose que : « L'erreur sur les qualités essentielles du cocontractant n'est une cause de nullité que dans les contrats conclus en considération de la personne ».

consentement du cédé alourdit inutilement la réalisation de la cession, sans compter les lenteurs judiciaires pour vaincre un refus qui ne serait pas légitime. Seuls les contrats qui seraient conclus *intuitu personae* dans l'intérêt du cédé ne devraient pouvoir faire l'objet d'une cession qu'avec le consentement de celui-ci »⁶⁶².

À l'instar de la protection offerte par l'agrément obligatoire proposé en droit des sociétés⁶⁶³, peut-être la généralité de cet accord fut-elle maintenue par la réforme afin de garantir la sécurité du cédé, à charge pour lui, le cas échéant, de faire part de son indifférence quant à la personne de son cocontractant. Mais cette critique ne fut toutefois pas la seule adressée au régime jurisprudentiel. L'exigence d'un second accord ayant pour objet, cette fois, la libération du cédant pour l'avenir, fut également controversée. En dépit de cette controverse, il est, lui aussi, consacré par la réforme du droit des contrats.

174. L'article 1216-1, nouveau, du Code civil. En second lieu, cet article dispose que :

« Si le cédé y a expressément consenti, la cession de contrat libère le cédant pour l'avenir.

À défaut, et sauf clause contraire, le cédant est tenu solidairement à l'exécution du contrat ».

Le fondement de cette disposition fut posé par la troisième chambre civile de la Cour de cassation, dans un arrêt du 12 décembre 2001⁶⁶⁴. Au visa de l'ancien article 1275 du Code civil, la Haute juridiction affirma le principe selon lequel le régime de la délégation était applicable à la cession conventionnelle de contrat⁶⁶⁵. Il s'ensuivait que : « [...] la seule acceptation par le créancier de la substitution d'un nouveau débiteur au premier, même si elle n'est assortie d'aucune réserve, n'implique pas, en l'absence de déclaration expresse, qu'il ait entendu décharger le débiteur originaire de sa dette. »

Le droit positif diffère toutefois légèrement car il précise que l'engagement du cédant vaut garantie, celui-ci n'est dès lors plus que subsidiaire. Cette précision est certes utile, mais elle ne dément pas pour autant la solution jurisprudentielle : elle ne fait que consacrer l'effet de sûreté personnelle produite par la délégation imparfaite.

Si le cédant reste engagé pour l'avenir, alors cela signifie que son engagement n'a pas été transmis. Seule sa nature change par l'effet de la loi : de principal, il devient subsidiaire⁶⁶⁶. En raison de cette subsistance, le cessionnaire est donc titulaire d'un nouvel engagement : bien qu'il

⁶⁶² LARROUMET (Ch.), « La descente aux enfers de la cession de contrat », *D.* 2002, p. 1555. V. aussi : AYNÈS (L.), « Cession de contrat : nouvelles précisions sur le rôle du cédé », *D.* 1998, p. 25.

⁶⁶³ V. *supra* n° 139 et s.

⁶⁶⁴ Cass. 3^{ème} civ., 12 déc. 2001, *D.* 2002, p. 984, note (M.) BILLIAU et (Ch.) JAMIN.

⁶⁶⁵ « La délégation est l'opération juridique par laquelle une personne – le délégué – s'oblige, sur instruction d'une autre personne – le délégant – envers une troisième – le délégataire » (TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. Précis, 11^{ème} éd., 2013, p. 1478, n° 1439).

⁶⁶⁶ *Comp.* à propos de la cession de bail pour lequel il était naguère admis que le cédant demeurait garant des obligations du cessionnaire : DENIS (D.), « La cession de bail immobilier », *D.* 1976, chron. p. 269 ; SIMLER (Ph.), *Cautionnement et garanties autonomes*, Litec, 3^{ème} éd., 2000., n° 71 : « Faute de novation, elle conserve – si elle subsiste – sa nature initiale d'obligation principale, issue du contrat de bail cédé, ce qui n'empêche qu'elle joue un rôle de garantie ».

hérite de la qualité de débiteur principal au contrat, il ne reprend pas pour autant l'engagement du cédant. Qualifier cette opération juridique sous le nom de « cession de contrat » paraît dès lors superficiel. Certes, la substitution de partie à la qualité de débiteur principal est effective mais, en revanche, le transfert de l'engagement pour l'avenir est inexistant. L'opération juridique ainsi décrite n'est autre qu'une délégation imparfaite. Peut-être le législateur aurait-il dû s'abstenir d'imposer aux parties cette figure dont la conclusion relève de la liberté contractuelle. Car cette consécration a un effet malheureux : celui de créer une distorsion au sein du régime de la cession de contrat. Soit la position contractuelle est effectivement cédée, alors son effet translatif est respecté, soit elle ne l'est pas, alors la figure juridique en question est d'une autre nature.

Comparée à cette hypothèse, la cession de droits sociaux apparaît comme une cession de contrat parfaite. La cession de parts de SNC impliquant un engagement personnel et solidaire illustre singulièrement cette constatation. L'associé cessionnaire est non seulement tenu des dettes pour l'avenir, mais aussi de celles nées par le passé⁶⁶⁷. Corrélativement, le cédant reste débiteur des créanciers envers qui la société s'est engagée avant la publication de son départ⁶⁶⁸. Il en est de même pour les sociétés civiles⁶⁶⁹. Pour les autres structures, la cession de leurs droits sociaux n'a d'effets à l'égard de la société que pour l'avenir, à compter de la date de son opposabilité. Mais en pratique, la stipulation d'une garantie de passif du cédant sera courante, qu'elle soit faite au profit du cessionnaire comme de la société dans la position du cédé⁶⁷⁰. Il semble dès lors inutile de transposer ce nouvel article 1216-1 du Code civil à la cession de droits sociaux ; le cédant étant toujours libéré pour l'avenir. Son engagement à titre de garantie est, de même, toujours indépendant.

175. Observations conclusives du B. La légitime généralisation du principe d'un agrément obligatoire. Le législateur en consacrant ce régime à double détention de la cession de contrat a, semble-t-il, manqué sa mission de classification des catégories juridiques. En outre, il

⁶⁶⁷ Cass. req., 12 mars 1928, Gourio c/ Soc. bretonne de crédit et de dépôts, *S.* 1928, 1, p. 226 ; *Journ. sociétés* 1929, p. 98, note (P.) CORDONNIER.

⁶⁶⁸ Cass. civ., 16 mars 1942, Bernagou c/ Bachelier, *JCP* 1942, II, 1854, note (D.) BASTIAN ; *S.* 1942, 1, 105, note (P.) ESMEIN ; – Cass. com., 4 janv. 1994, n° 91-19.680, Pascal c/ Caisse d'Épargne du Cantal, *Dr. sociétés* 1994, comm. 55, note (H.) LE NABASQUE ; *Bull. Joly Sociétés* 1994, p. 314, n° 83, note (P.) LE CANNU ; Cass. com., 21 octobre 2008, *Dr. sociétés* 2009, comm. n° 9, (D.) GALLOIS-COCHET.

⁶⁶⁹ V. en ce sens, LE CANNU (P.), DONDERO (B.), *Droit des sociétés*, Montchrestien, 6^{ème} éd., 2015, p. 902, n° 1427.

⁶⁷⁰ MOUSSERON (P.), *Les conventions de garantie dans les cessions de droits sociaux*, préf. M. Germain, Nouvelles éditions fiduciaires, 2^{ème} éd., 1997 ; GERMAIN (M.), (sous la direction de), *Les garanties dans les cessions de droits sociaux*, Colloque organisé par l'association Droit et Commerce, Gazette du Palais, Journal spécial des sociétés, 2010, n° 139.

Rappr. Cass. Com., 8 mars 2017, n° 15-19.174, F-D, *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière* 2017, n° 36, p. 1260, obs. (R.) MORTIER. Le bénéficiaire d'une garantie d'actif et de passif est, en principe, le cessionnaire des droits sociaux et, si la convention de cession peut faire de la société dont les titres sont cédés, le bénéficiaire de la garantie, de façon exclusive ou encore en parallèle avec le cessionnaire, il faut que le pacte de cession renferme une stipulation claire en sa faveur.

aurait pu saisir l'opportunité de consacrer la notion de « contrats relationnels », laquelle est une terre d'élection possible pour l'affirmation des contrats-organisation⁶⁷¹.

Une telle occasion pourrait néanmoins être saisie en droit des sociétés, spécialement grâce à la consécration d'une *summa divisio* entre les sociétés fermées et les sociétés ouvertes. Il a été en effet démontré que les associés étaient liés par un contrat, généralement influencé par l'*intuitu personae*, aboutissant ainsi à le considérer comme une caractéristique issue de l'essence de la société. Et corrélativement, puisque l'agrément trouve sa cause dans ces relations choisies, il participe alors de cette essence. Outre une clarification du régime du transfert des droits sociaux en partie concordante avec celui de la cession de contrat⁶⁷², sa généralisation contribuerait à la construction d'un nouveau droit des sociétés fermées d'inspiration contractuelle.

§ II. Une base pour la construction d'un droit des sociétés fermées.

176. Plan. L'exigence d'un agrément est une caractéristique commune à l'ensemble des sociétés, de laquelle se déduit l'existence de la catégorie des sociétés fermées par opposition aux sociétés ouvertes. Cette *summa divisio* souvent plébiscitée n'a pourtant jamais connu les faveurs du législateur en raison d'une supposée rigidité (I). Or, à partir d'une conception contractuelle de la société et de la généralisation de l'agrément, il est possible de démentir cette opinion et d'encourager l'élaboration d'un droit commun relativement souple au profit de ces sociétés (II).

⁶⁷¹ Rapp. de la proposition d'un auteur américain de créer la notion de *relational contract*, v. notamment : McNEIL R. (I.), *The many futures of contract*, *Southern California Law Review* 1974, vol. 47, p. 691, cité par FABRE-MAGNAN (M.), *Droit des obligations, Contrat et engagement unilatéral*, t. 1, P.U.F., coll. Thémis, 4^{ème} éd., 2016, p. 213, n° 182 : « MacNeil souligne que la théorie des contrats se concentre sur des contrats spécifiques, particulièrement les *discrete contracts*, c'est-à-dire les contrats discontinus, impersonnels, qui sont le plus souvent instantanés, alors que dans la vie moderne des affaires, la plupart des contrats sont des contrats de long terme, caractérisés par la coopération entre les parties, la flexibilité, et donc la volonté de les ajuster sur le long terme plutôt que de rester liés par les termes exacts des promesses initiales. Les parties ont donc confiance dans leurs relations et n'hésitent pas à faire des contrats incomplets qu'elles rempliront au fur et à mesure. Le droit français pourrait recevoir la même critique qui raisonne sur le modèle du contrat de vente, contrat instantané d'échange [...] ».

Adde BOISMMAIN (C.), *Les contrats relationnels*, préf. M. Fabre-Magnan, P.U.A.M., coll. Institut de Droit des Affaires, 2005.

⁶⁷² Ce régime reste perfectible. V. notamment les observations de : CAFFIN-MOI (M.), *Cession de droits sociaux et droit des contrats*, préf. D. Bureau, Economica, coll. Recherches juridiques, t. 21, 2009, p. 297, n° 458 : « Cession de créance, vente ou contrat *sui generis*, la qualification idoine de la cession de droits sociaux reste encore un mystère. Pourtant, de même que la propriété des titres est largement consacrée par le droit positif, la qualification et le régime de la vente semblent s'imposer avec le plus grand consensus. Ainsi la Cour de cassation applique-t-elle les garanties du vendeur, les règles de la détermination du prix ou de transfert de propriété de la vente. Cependant, est-ce que le fait que la Cour de cassation applique l'essentiel du régime de la vente signifie nécessairement qu'elle envisage la cession de droits sociaux comme une vente ? Cette indifférence apparente ne peut-elle trouver une autre explication ? Autrement dit, est-ce une application du régime de la vente ou un emprunt de ce régime pour un contrat de nature différente qui y serait soumis ? »

Adde pour la proposition d'un régime de la cession des droits sociaux en tant que position contractuelle : LACROIX – DE SOUSA (S.), *La cession de droits sociaux à la lumière de la cession de contrat*, préf. M.-E. Ancel, avant-propos L. Aynès, L.G.D.J., Fondation Varenne « Collection des Thèses », t. 37, 2010.

I. Une *summa divisio* souvent plébiscitée.

177. **Plan.** Ce plébiscite a sa raison (A), laquelle a su séduire à l'étranger (B).

A. La raison de ce plébiscite.

Nonobstant les réticences du législateur à consacrer cette *summa divisio*⁶⁷³, les auteurs et les praticiens sont de plus en plus nombreux à la solliciter en raison de son pragmatisme⁶⁷⁴.

178. **Une distinction réaliste correspondant « [...] à la césure la plus profonde dans les faits »**⁶⁷⁵. La césure existante entre ces deux catégories de sociétés provient de la source de l'organisation de chacune d'elles.

Cette différence n'a pas été décidée par le législateur, elle provient du fait qu'il existe pour les sociétés cotées une place financière où le droit est « auto-produit, [...] seuls les outils internationaux de régulation publique et professionnelle peuvent saisir [ces sociétés] »⁶⁷⁶. La globalisation des marchés transcende le territoire traditionnel attaché à la loi laquelle reste, au contraire, l'instrument normatif des sociétés non-cotées.

Par ailleurs, l'objet des règles gouvernant l'organisation de chacune de ces catégories de société n'est pas le même. Le droit classique des sociétés est organisé sur la notion de contrat, et les rapports d'obligation existants entre ses différents protagonistes que sont les associés, les dirigeants, les tiers intéressés à ce contrat et, enfin, la société elle-même lorsqu'elle existe sous la forme d'une personne morale. Ceci est logique car la conclusion du contrat de société a non seulement une dimension patrimoniale, mais aussi une dimension personnelle en raison, le plus souvent, de l'existence de rapports entre les associés marqués par l'*intuitu personae*⁶⁷⁷ ; l'autonomie

⁶⁷³ Rapport Marini, *Sur la modernisation du droit des sociétés*, La documentation française, 1996, p. 13 : « [...] cette distinction ne saurait constituer la *summa divisio* du droit des sociétés ». Pour les raisons de cette réticence, v. *infra* n° 179.

⁶⁷⁴ V. notamment : BÉZARD (P.), *La société anonyme*, Montchrestien, 1986, préambule : « [...] une distinction devenue fondamentale et dont elle ne rend pas suffisamment compte : le droit applicable aux sociétés fermées et celui concernant les sociétés ouvertes c'est-à-dire faisant appel public à l'épargne. » ; FRISON – ROCHE (M.-A.), « La distinction entre sociétés cotées et sociétés non cotées », in *Mélanges AEDBF-France*, Banque éditeur, 1997, p. 189 ; CONAC (P.-H.), « La distinction des sociétés cotées et non cotées », *Rev. sociétés* 2005, p. 67.

BOIZARD (M.), *La distinction de la société cotée et de la société non cotée comme summa divisio du droit des sociétés*, Paris II, 1998 ; PRIETRANCOSTA (A.), *Le droit des sociétés sous l'effet des impératifs financiers et boursiers*, thèse Paris I, 2000 ; FRANÇOIS (B.), *L'appel public à l'épargne, critère de distinction des sociétés de capitaux*, thèse Paris II, 2003.

Rapport AFEP, ANSA, MEDEF, *Pour un droit moderne des sociétés*, 2003.

⁶⁷⁵ FRISON – ROCHE (M.-A.), *art. préc., spéc.* p. 197. Également en ce sens, v. CONAC (P.-H.), *art. préc.*, n° 5.

⁶⁷⁶ FRISON – ROCHE (M.-A.), *art. préc., spéc.* p. 198. : « L'existence du marché boursier n'est pas qu'une modalité particulière de financement, [...] il transforme la société de l'intérieur, du seul fait que les titres sont désormais dans le public. Ce qui est désigné comme la "marchéisation" des sociétés signifie que le marché fait pénétrer ses règles propres à l'intérieur ».

⁶⁷⁷ V. *supra* n° 12.

de la volonté a, par conséquent, une large place dans l'élaboration des statuts. En revanche, le droit des sociétés cotées est construit sur la notion de marché, où ce qui compte le plus est la circulation des titres ; ses règles s'apparentent donc davantage au droit des biens. Ceci se comprend au regard de la dimension exclusivement patrimoniale (ou presque)⁶⁷⁸ de l'engagement des actionnaires ; l'autonomie de la volonté n'a qu'une place restreinte dans la détermination du contenu des statuts au contraire des sociétés non cotées.

Cette différence a également une incidence sur la nature de l'ordre public inhérent à chacune de ces catégories. Comme l'exprime le professeur Frison-Roche : « Les textes visant les sociétés non-cotées expriment un ordre public de protection à l'égard des minoritaires, tandis que ceux réglementant les sociétés cotées se fondent dans un ordre public de direction, à l'égard du fonctionnement du marché »⁶⁷⁹.

L'agrément illustre cette différence de nature. Dans les sociétés cotées, l'ordre public de direction implique l'indisponibilité des règles qu'il édicte. C'est pourquoi, en dépit de la présence de l'*intuitu personae* dans ces sociétés⁶⁸⁰, comme dans toutes les autres, la stipulation d'une clause d'agrément n'est pas concevable, car contraire au principe de la liquidité des titres⁶⁸¹. En revanche, puisque le contexte de marché indiffère l'organisation d'une société non-cotée, ses statuts sont en principe libres de contenir une telle clause⁶⁸². À cet égard, le fait que toutes ces sociétés puissent mettre en œuvre un agrément annihile l'utilité de la distinction entre les sociétés de personnes et les sociétés de capitaux⁶⁸³, car elles peuvent toutes être des sociétés fermées. Mais, aussi réaliste que soit cette *summa divisio* entre sociétés fermées et sociétés ouvertes, le législateur français refuse de bouleverser le droit des sociétés.

179. Un rejet pourtant surmontable. Ce rejet systématique fut notamment marqué par l'adhésion du législateur à l'opinion négative exprimée dans le rapport Marini⁶⁸⁴, mais aussi par le rejet de la proposition de loi déposée au Sénat, en juillet 2004, de créer une « société anonyme fermée » ne pouvant faire appel à l'épargne. L'avantage de cette structure aurait été d'échapper aux

⁶⁷⁸ Pour l'absence de frontière nette entre l'associé et l'investisseur, v. *infra* n° 185.

⁶⁷⁹ FRISON – ROCHE (M.-A.), *art. préc., spéc.*, p. 195.

⁶⁸⁰ MORIN (A.), « *Intuitus personae* et sociétés cotées », *RTD com.* 2000, p. 299.

⁶⁸¹ V. à propos de sa récente interdiction : *supra* n° 43.

⁶⁸² Pour le domaine de l'agrément, v. *supra* n° 98.

⁶⁸³ V. en ce sens *supra* n° 135.

Adde GUYON (Y.), « Données juridiques : Essai d'une problématique de la société fermée », in *Propositions pour une société fermée européenne*, sous la direction de Jeanne Boucourechliev, *Étude du Centre de recherche sur le droit des affaires de la Chambre de commerce de Paris, C.R.E.D.A.*, 1997, p. 37, *spéc.* p. 39 : « La distinction des sociétés de personnes et des sociétés de capitaux a longtemps été la "*summa divisio*" du droit des sociétés et il serait tentant de penser que les sociétés de personnes sont des sociétés fermées. En effet, dans les sociétés de ce type, les associés se connaissent et se font confiance. [...] Au contraire, dans les sociétés de capitaux, la personne des associés est indifférente. Seuls comptent les apports qu'ils ont réalisés. [...] La société de capitaux serait une société ouverte, car l'argent n'a pas d'odeur. Malheureusement, les choses ne sont pas aussi simples. »

⁶⁸⁴ Intitulé : « Pour une modernisation du droit des sociétés », *préc.*, p. 13.

sujétions auxquelles sont soumises les sociétés cotées⁶⁸⁵. Contre une telle consécration, sont ainsi invoquées l'impossibilité de déterminer précisément quelles sont les sociétés cotées en raison de la diversité des marchés, mais aussi, la rigidité nouvelle qu'introduirait cette distinction, alors même que le droit des sociétés entend se prêter à davantage de flexibilité⁶⁸⁶.

Cependant, les auteurs soulignent, à juste titre, qu'aucun de ces obstacles n'apparaît ni fondamental, ni légitime. Selon Madame le Professeur Frison-Roche, le véritable obstacle à l'adoption de cette distinction tient à un élément qui lui est extérieur : « [...] l'empêchement dans lequel est actuellement l'art législatif »⁶⁸⁷. L'auteur ajoute que « Philippe Marini semble admettre qu'une reconstruction du droit des sociétés est hors des forces du législateur »⁶⁸⁸. Pour un autre auteur, cette consécration « [...] pourrait conduire à faire évoluer la réglementation des sociétés non cotées dans un sens plus libéral, ce que ne souhaitent pas nécessairement les pouvoirs publics »⁶⁸⁹. En 1996, un rapport du Conseil national du patronat français remarquait en ce sens que « [...] l'intérêt d'établir une distinction entre sociétés cotées et non cotées serait de permettre à ces dernières de bénéficier d'une plus grande liberté contractuelle »⁶⁹⁰. Bien que datée, cette remarque s'inscrit pourtant dans l'évolution du droit non seulement européen, mais aussi interne.

En effet, d'une part, le droit interne est devenu plus libéral depuis l'introduction de la SAS qui tend, d'ailleurs, à devenir la forme sociale de droit commun⁶⁹¹. Et, d'autre part, à la suite du rapport Winter de 2002⁶⁹², la Commission européenne a adopté un plan d'action en droit des sociétés, lequel distingue les sociétés cotées des autres sociétés⁶⁹³. Le but de l'adoption de cette

⁶⁸⁵ Proposition de loi portant statut d'une société fermée, n° 438, Sénat, annexe au procès-verbal de la séance du 29 juillet 2004, présentée par Messieurs Jean-Guy Branger et Jean-Jacques Hyest.

V. également en ce sens les propositions faites par : FRANÇOIS (B.), *thèse préc.*, p. 522, n° 523 ; Rapport CCIP, *Pour une réforme du droit de la société anonyme non cotée*, 23 octobre 2003.

⁶⁸⁶ À ce propos, v. *supra* n° 42 et s., n° 132.

⁶⁸⁷ FRISON – ROCHE (M.-A.), *art. préc., spéc.*, p. 199.

⁶⁸⁸ *Ibid* : « Pourtant, si l'on s'autorise à rêver un législateur serein et pragmatique, abstrait des influences et soustrait aux aléas des discussions parlementaires, c'est sans doute vers un code des sociétés rationnellement construit que l'on pourrait tendre ».

⁶⁸⁹ CONAC (P.-H.), *art. préc.*, n° 20.

⁶⁹⁰ Rapport CNPF, *Pour une réforme en profondeur du droit des sociétés*, juillet 1996, p. 10.

⁶⁹¹ MERLE (Ph.), avec la collaboration de FAUCHON (A.), *Droit commercial, Sociétés commerciales*, Dalloz, coll. Précis, 18^{ème} éd., 2014, p. 26, n° 14 : « Le succès de la SAS [...] pourrait conduire, dans le futur, à réserver l'essentiel des SA aux seules sociétés faisant appel public à l'épargne ».

V. également : FILATRIAU (O.), BATTU (V.), « En 2012, plus d'immatriculations d'auto-entreprises, moins de créations de sociétés », *INSEE première*, janvier 2013 : « La part des sociétés à responsabilité limitée continue de diminuer, même si elles restent encore prépondérantes parmi l'ensemble des créations de sociétés (76 % après 79 % en 2011 et 91 % en 2008). Parmi les sociétés, la part des SARL unipersonnelles stagne (29 % après 30 %) alors qu'elle avait fortement augmenté depuis 2009. Celle des autres SARL diminue légèrement (47 % après 49 %) après les fortes baisses de ces dernières années. Parallèlement, la part des sociétés par actions simplifiées continue de croître (19 % après 16 % en 2011) ».

⁶⁹² Rapport du groupe de haut niveau d'experts en droit des sociétés, *Un cadre réglementaire moderne pour le droit européen des sociétés*, Bruxelles, 2002, p. 38.

⁶⁹³ Rapport de la Commission européenne, *Modernisation du droit des sociétés et renforcement du gouvernement d'entreprise dans l'Union européenne - un plan pour avancer*, COM/2003/284, 21 mai 2003.

summa divisio est non seulement d'harmoniser les nombreuses directives en matière boursière et financière, mais également, de permettre aux sociétés européennes de concurrencer leurs homologues américaines dont le droit est construit sur une telle distinction⁶⁹⁴. Plus récemment, un projet ambitieux de société privée européenne fut présenté afin de permettre aux PME dont l'activité est transfrontalière, de créer des filiales dont la structure juridique serait commune à l'ensemble des pays adhérents de l'Union européenne⁶⁹⁵. Toutefois, ce projet fut rejeté par certains États membres, obligeant la Commission européenne à le retirer en octobre 2013⁶⁹⁶. Depuis lors, elle a toutefois proposé l'adoption par le biais d'une directive, d'une société unipersonnelle « *Societas Unius Personae* », dont la structure ressemble à la SPE. Ce projet est certes moins ambitieux que le précédent, mais il permettrait de simplifier la création de filiales européennes à destination des PME. De plus, en dépit des oppositions, l'orientation du droit européen vers l'adoption d'une SPE semble inéluctable : une fois la forme unipersonnelle adoptée, il suffira alors d'autoriser sa constitution à plusieurs associés pour que cette structure unipersonnelle prenne la forme d'une SPE pluripersonnelle. Par conséquent, pour ces deux raisons, tant interne qu'euro-péenne, l'adoption de cette *summa divisio* entre sociétés fermées et sociétés ouvertes serait des plus souhaitables. Les exemples étrangers démontrent, par ailleurs, les avantages d'un droit des sociétés construit sur ce modèle.

B. Une source d'inspiration dans des modèles étrangers bien établis.

180. Plan. Deux modèles peuvent être mis en avant : celui du droit néerlandais (1) et celui du droit britannique (2).

Adde LECOURT (B.), « L'avenir du droit français des sociétés : que peut-on encore attendre du législateur européen ? », *Rev. sociétés* 2004, p. 223.

⁶⁹⁴ En ce sens, v. CONAC (P.-H.), *art. préc.*, n° 4.

⁶⁹⁵ LECOURT (B.), « Synthèse des réponses à la consultation sur la société privée européenne », *Rev. sociétés* 2008, p. 204 : « La première question posée dans la consultation porte sur les obstacles rencontrés dans l'exercice d'activités transfrontalières. La majorité des répondants considère que la diversité des droits nationaux implique des frais, liés entre autres à la nécessité de recourir à des experts juridiques spécialisés, ainsi qu'un manque de confiance face aux formes juridiques étrangères et aux relations professionnelles avec les partenaires commerciaux provenant d'autres États membres. Dès lors, le label SPE pourrait faire office de passeport et rendre plus attrayantes les sociétés européennes dans l'environnement économique international. [...] »

Adde OUTIN-ADAM (A.), « La SPE : nouvelle frontière du droit européen des sociétés », in *Mélanges en l'honneur de Daniel Tricot*, p. 713 ; DAMMANN (R.), « La société privée européenne : un outil prometteur ? », in *Actualité et évolutions comparées du droit allemand et français des sociétés, sous la direction de Michel Menjeuq et de Bertrand Fages*, Dalloz, 2010, p. 53. Et déjà : OUTIN (A.), SIMON (J.), « Pour une société privée européenne », *Bull. Joly Sociétés* 1999, p. 337.

⁶⁹⁶ LECOURT (B.), « La *Societas Unius Personae*, La nouvelle société unipersonnelle à responsabilité limitée proposée par la Commission européenne », *Rev. sociétés* 2014, p. 699, *spéc.* n° 1 : « Malheureusement, le projet a été bloqué, à la suite de l'opposition de certains États membres - principalement, l'Allemagne et l'Autriche - concernant la dissociation du siège statutaire et du siège réel et la participation des travailleurs dans les organes d'administration ».

Adde LECOURT (B.), « La société privée européenne a-t-elle encore un avenir ? (À propos du retrait de la proposition de règlement) », *Rev. sociétés* 2014, p. 133.

1. Le modèle néerlandais.

181. Le modèle néerlandais, ou le critère de la taille de l'entreprise. Ce modèle distingue les petites des grandes sociétés et corrobore la distinction des sociétés cotées et celles qui ne le sont pas en ce sens que, puisque les grandes sociétés correspondent aux entreprises cotées, elles nécessitent donc l'application d'un droit adapté à leur dimension et au contexte du marché⁶⁹⁷. Cette distinction est d'autant plus justifiée qu'en pratique, les grandes sociétés sont en nombre très inférieur par rapport aux petites⁶⁹⁸. Ce modèle pourrait être désigné comme étant celui de la « technique des seuils », où la grandeur de l'entreprise devient le critère de distribution des divers régimes juridiques⁶⁹⁹. Cette volonté se retrouve en droit français dans la *ratio legis* des lois instituant la SARL et la société anonyme : la première était plutôt instituée pour les petites entreprises, tandis que la complexité de la seconde correspondait davantage à la structure de grandes entreprises. Cependant, la pratique utilise l'une ou l'autre de ces sociétés, quelle que soit la taille de l'entreprise, et cela pour diverses raisons, fiscales, sociales, ou même managériales, sans égard à leur *ratio legis*. Par ailleurs, si aux Pays-Bas, les seuils utilisés sont relativement simples⁷⁰⁰ et créent une réelle césure entre le régime des petites et des grandes entreprises, le droit positif français tend à introduire des critères similaires⁷⁰¹, mais sans ligne directrice, ce qui ne saurait être approuvé en raison d'une nouvelle complexité ainsi générée. De plus, l'introduction de ces critères risque d'avoir un effet pervers : celui de freiner le développement des entreprises qui ne souhaiteraient pas supporter le régime plus contraignant d'une catégorie supérieure.

Par conséquent, la consécration de cette *summa divisio* simplifierait le droit, à la condition toutefois d'introduire une concordance entre les seuils choisis et la cotation des titres sur un marché. La structure complexe de la société anonyme pourrait ainsi être réservée aux sociétés

⁶⁹⁷ Trois conditions cumulatives sont nécessaires pour être qualifiée de « grande société » (v. en ce sens : TIMMERMAN (L.), « Expérience et propositions : Pays-Bas », in *Propositions pour une société fermée européenne, Étude du Centre de recherche sur le droit des affaires de la Chambre de commerce de Paris*, sous la direction de Jeanne Boucourechliev, C.R.E.D.A., 1997, p. 109) :

- Le montant du capital social augmenté des réserves est au moins égal à 25 millions.
- La société a mis en place un comité d'entreprise.
- La société emploie au moins 100 salariés au Pays-Bas.

Ce modèle est également celui du droit allemand, v. en ce sens : FRISON – ROCHE (M.-A.), « La distinction entre sociétés cotées et sociétés non cotées », in *Mélanges AEDBF-France*, Banque éditeur, 1997, p. 189, *spéc.* p. 198.

⁶⁹⁸ LECOURT (B.), « La *Societas Unius Personae*, La nouvelle société unipersonnelle à responsabilité limitée proposée par la Commission européenne », *art. préc., spéc.* n° 8 : « [...] les PME qui représentent 99 % des entreprises de l'Union européenne [...] ».

⁶⁹⁹ V. plus généralement sur cette question des seuils : CORVEST (H.), « L'émergence de la dimension de l'entreprise en droit positif », *RTD com.* 1986, p. 201 ; PRIEUR (J.), (sous la direction de.) *Seuils légaux et dimension de l'entreprise*, CREDA, Litec, 1990.

⁷⁰⁰ TIMMERMAN (L.), *op. cit., loc. cit.*

⁷⁰¹ V. en sens : MAGNIER (V.), *Droit des sociétés*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2017, p. 10, n° 5.

cotées⁷⁰². Un choix similaire a été adopté par le législateur britannique, lequel distingue la « *public company* » de la « *private company* ».

2. Le modèle britannique.

182. Le modèle britannique, ou la distinction des sociétés fermées et des sociétés ouvertes⁷⁰³. À l'inverse du droit français, le droit britannique n'a pas créé une multitude de types sociétaires ; « *public* » et « *private companies* » sont une seule et même espèce régie par le « *Companies act* » de 2006, chacune se distinguant néanmoins de l'autre par quelques dispositions propres. Ce droit présente plusieurs autres spécificités par rapport au droit des sociétés français.

- En premier lieu, il se caractérise principalement par sa souplesse. Celle-ci est liée à deux facteurs.

- D'une part, une volonté délibérée de déréglementer le droit des sociétés. À titre d'exemple, l'évolution des conditions requises pour qualifier une société fermée peut être citée. Initialement, trois conditions devaient figurer dans les statuts. Premièrement, l'absence de recours à l'appel public à l'épargne. Deuxièmement, stipuler des clauses de restriction au libre transfert des droits sociaux. Troisièmement, enfin, un nombre d'associés inférieur à cinquante. Aujourd'hui, ces critères ont été supprimés. Il suffit d'indiquer dans les formulaires d'immatriculation de la société si celle-ci est privée ou publique pour être assujettie aux règles gouvernant chacune de ces catégories.

- Et, d'autre part, la souplesse du droit britannique provient également de sa conception de la société, considérée par essence comme un contrat conclu entre les associés, et cela même en l'absence d'*affectio societatis*, notion inconnue au Royaume-Uni⁷⁰⁴. La liberté contractuelle permet ainsi à la société de s'adapter, à l'infini, aux objectifs très divers que peuvent s'assigner les associés. Mais contrairement aux idées reçues, cette grande liberté ne

⁷⁰² Historiquement, tel était d'ailleurs la vocation première de la société anonyme (v. pour les problèmes liés à son retour dans le champ des sociétés conçues comme un contrat : *supra* n° 38. Réserver cette forme aux sociétés cotées serait un juste retour à sa raison d'être.

⁷⁰³ V. à ce propos : HICKS (A.), « Expérience et propositions : Royaume-Uni », in *Propositions pour une société fermée européenne*, sous la direction de Jeanne Boucourechliev, *Étude du Centre de recherche sur le droit des affaires de la Chambre de commerce de Paris, C.R.E.D.A.*, 1997, p. 63.

⁷⁰⁴ En droit français, une thèse convaincante a récemment démontré l'inanité de cette notion, v. CUISINIER (V.), *L'affectio societatis*, préf. A. Martin-Serf, LexisNexis, Coll. Bibliothèque de droit de l'entreprise, 2008, p. 498, n° 585, proposant de « bannir l'*affectio societatis* » et de réhabiliter la notion d'intérêt commun des associés mentionnée à l'article 1833 du Code civil : « Si contingence il y a dans ce contrat, elle ne saurait résider ailleurs que dans l'intérêt commun des associés, qui constitue la cause objective de leur engagement, et qui imprime au contrat de société sa spécificité par rapport aux autres contrats. De la même façon, ajoute-t-il, l'*affectio societatis* investit la notion de bonne foi dans l'espoir de lui apporter une coloration particulière qui convienne mieux à ce contrat ». Pour plus d'arguments, v. *supra* n° 587.

signifie pas pour autant qu'il n'existe aucune législation encadrant le droit des sociétés. Les règles d'organisation interne ou externe contenues dans le « *Companies act* » sont d'un volume conséquent. À cet égard, la loi accorde une grande importance aux devoirs de bonne foi et de fidélité, de même qu'à la protection des créanciers et aux droits des minoritaires. Elle est en revanche muette sur l'organisation de la société, laquelle est laissée à la discrétion des statuts.

- En second lieu, le droit des sociétés britannique se caractérise par l'existence de statuts-types connus sous le nom de « *Table A* » (« *statutory memorandum of association and articles of association* »). Ces statuts-types concernent les règles internes à la société. Ils sont élaborés par la loi et peuvent être choisis comme statuts, tels quels, ou modifiés dans la limite légale. En instituant ce système, l'objectif du législateur britannique était clair : mettre à disposition des entreprises un contrat déjà prêt et peu cher. En pratique, la plupart des sociétés se réfèrent à la « *Table A* » sans procéder à de grandes modifications. Ces statuts-types ont ainsi fortement contribué à harmoniser le droit anglais des sociétés⁷⁰⁵. Un tel procédé pourrait inspirer le législateur français pour l'élaboration d'un droit commun des sociétés fermées.

II. Un droit commun des sociétés fermées à construire.

183. Plan. Cette construction nécessite d'exposer préalablement sa méthode (A), puis les éléments la composant (B).

A. La méthode de construction.

184. Une construction possible sur la base de statuts-types intégrés à la loi. Le droit français étant construit sur un modèle de codification des lois contrairement au droit britannique, l'adoption d'un modèle de statuts-types en dehors du Code semble impossible, ou du moins, d'une utilité pratique illusoire. Mais la méthode adoptée au Royaume-Uni pour simplifier et harmoniser le droit pourrait inspirer la France. En effet, l'idée de statuts-types pourrait être reprise en l'insérant dans la loi elle-même, et plus précisément, dans le droit commun des sociétés, sous réserve des dispositions spéciales propres à chaque forme sociale.

⁷⁰⁵ Pour d'autres éléments de comparaison avec le droit anglo-saxon, *adde* TORTELLIER (N.), *La simplification du droit des sociétés à l'aune du cas Hongkongais*, préf. C. Barreau, L'Harmattan, 2017.

Cette méthode ne bouleverserait pas fondamentalement notre législation puisque les règles de droit commun s'appliquent à défaut de règles spéciales⁷⁰⁶. Ainsi la SAS se voit-elle, par exemple, appliquer la règle du vote unanime posée à l'article 1836 du Code civil à défaut de toute autre précision statutaire⁷⁰⁷. Toutefois, l'esprit de cette méthode est différent de celui ayant dominé la réforme des sociétés commerciales en 1966, et dans une moindre mesure, celle de la société civile en 1978⁷⁰⁸. À l'image du pragmatisme anglo-saxon, les nouvelles dispositions n'auraient pas tant pour objet de prescrire ou d'interdire que de sécuriser les rapports juridiques en donnant des guides d'interprétation aux juges comme aux parties⁷⁰⁹.

Encore faut-il toutefois s'entendre sur leur domaine. En droit britannique, la souplesse du « *Companies act* » de 2006 est fondée sur le principe que la société est, par essence, un contrat passé entre associés⁷¹⁰. Or il a été démontré que les associés unis sous le droit français, l'étaient eux aussi en raison de rapports contractuels ; ce lien correspondant d'ailleurs à une réalité sociologique⁷¹¹.

Dès lors, afin de redonner de la souplesse au droit commun, il conviendrait, dans un premier temps, de clairement distinguer les rapports internes à la société (associés, gérants) et les rapports externes avec les tiers. Cette distinction pourrait constituer deux sections d'un chapitre premier renouvelé, mais toujours consacré aux dispositions générales de la société, au sein du Titre XI⁷¹² du Livre III⁷¹³ du Code civil.

S'agissant des rapports externes, le droit positif aurait simplement besoin d'être réuni sous une nouvelle section, divisée en paragraphes relatifs à la période antérieure et celle postérieure à l'immatriculation de la personne morale. En outre, l'impérativité de ces dispositions légales est parfaitement justifiée car elles ont pour finalité de protéger les tiers dans leurs rapports avec la société.

⁷⁰⁶ C. civ., art. 1834.

Comp. en matière de droit des contrats : C. civ., art. 1105 ; *adde* ANDREU (L.), THOMASSIN (N.), *Cours de droit des obligations*, Gualino, 2^{ème} éd., 2017, p. 73, n° 138 ; BALAT (N.), « Réforme du droit des contrats : et les conflits entre droit commun et droit spécial ? », *D.* 2015, p. 699.

⁷⁰⁷ V. *supra* n° 373.

⁷⁰⁸ À propos de la question de savoir s'il n'existe pas une nouvelle tendance à la « (ré)-institutionnalisation » de la société », v. BARBIER (H.), « L'emprise du régime contractuel sur la société : ses ressources et limites », *Dr. Sociétés* 2017, n° 2, dossier n° 3.

⁷⁰⁹ En effet, les modèles des statuts des petites sociétés sont souvent inspirés de modèles trouvés sur internet (dénonçant ce problème, v. CAPORALE (F.), « Société et communauté entre époux », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Paul Le Cannu, Le droit des affaires à la confluence de la théorie et de la pratique*, Lextenso éditions, 2014, p. 667).

⁷¹⁰ V. en ce sens : HICKS (A.), « Expérience et propositions : Royaume-Uni », in *Propositions pour une société fermée européenne*, sous la direction de Jeanne Boucourechliev, *Étude du Centre de recherche sur le droit des affaires de la Chambre de commerce de Paris, C.R.E.D.A.*, 1997, p. 63.

⁷¹¹ V. *supra* n° 15.

⁷¹² « De la société ».

⁷¹³ « Des différentes manières dont on acquiert la propriété ».

En revanche, dans une nouvelle section encadrant les rapports internes, la liberté contractuelle devrait pleinement s'exprimer sous réserve des principes d'ordre public issus de l'essence du contrat de société. Ce chantier de reconstruction semble *a priori* gigantesque. De plus, comment un législateur s'étant condamné à réformer le droit des sociétés de façon ponctuelle et pointilleuse pourrait-il refonder son droit commun⁷¹⁴ ? Tel Sisyphé poussant son rocher, sa tâche est-elle vouée à l'absurdité ? Le chemin à suivre est en réalité déjà en partie écrit. Pour s'y aventurer, il lui suffirait seulement de réordonner le droit commun et d'y ajouter quelques principes afin d'offrir un cadre législatif aux sociétés fermées.

B. Les éléments de la construction.

Ces éléments existent déjà en droit positif, mais nécessiteraient d'être réorganisés et complétés par les principes personnalistes dégagés. Cette reconstruction du droit commun serait non seulement utile pour la consécration d'un droit des sociétés fermées, mais aussi, afin de résoudre les interrogations suscitées par la concision des dispositions de la SAS.

185. Quelques éléments seulement à introduire dans le droit commun. Les éléments de la construction d'un droit commun des rapports internes à la société existent déjà. À l'instar de l'ordonnancement du droit existant pour la société civile, cette nouvelle section du Code civil pourrait être construite sur la base de plusieurs paragraphes désignant de façon générale les éléments composant cet ordre interne.

Ainsi pourrait-il être introduit, dans un premier temps, par les principes issus de l'essence des sociétés. Ces derniers sont déjà majoritairement contenus dans divers articles du Code. L'article 1832, d'abord, définissant la société, et dont la qualification en tant que contrat, lorsqu'elle est pluripersonnelle, pourrait être réintégrée au texte⁷¹⁵. L'article 1833, ensuite, posant la nécessité de constituer une société avec un objet licite et dans l'intérêt commun des associés, cette dernière mention serait par ailleurs suffisante à contenir l'intention de collaborer désignée sous le vocable de l'*affectio societatis*⁷¹⁶. L'article 1834, enfin, posant un principe d'articulation entre les règles du droit commun des sociétés et celles de son droit spécial. À leur suite, il pourrait être

⁷¹⁴ V. *supra* n° 41 et s.

⁷¹⁵ Pour l'historique de cette définition dans le Code civil, v. *supra* n° 161 et s.

⁷¹⁶ V. en ce sens, CUISINIER (V.), *L'affectio societatis*, préf. A. Martin-Serf, LexisNexis, Coll. Bibliothèque de droit de l'entreprise, 2008, p. 498, n° 585, proposant de « bannir l'*affectio societatis* » et de réhabiliter la notion d'intérêt commun des associés mentionnée à l'article 1833 du Code civil : « Si contingence il y a dans ce contrat, elle ne saurait résider ailleurs que dans l'intérêt commun des associés, qui constitue la cause objective de leur engagement, et qui imprime au contrat de société sa spécificité par rapport aux autres contrats. De la même façon, ajoute-t-il, l'*affectio societatis* investit la notion de bonne foi dans l'espoir de lui apporter une coloration particulière qui convienne mieux à ce contrat ».

Comp. déjà pour des observations critiques : HAMEL (J.), « L'*affectio societatis* », *RTD. civ.* 1925, p. 761.

ajouté le principe proposé selon lequel, l'*intuitu personae* influence les rapports entre associés et que, corrélativement, celui-ci leur interdit d'offrir leurs droits sociaux sur un marché réglementé. Ce postulat constituerait ainsi le socle des sociétés fermées, sans pour autant nécessiter de consacrer la distinction entre la notion d'associé et celle d'investisseur comme il fut parfois proposé⁷¹⁷. En effet, cette distinction est trop aléatoire car l'intention de chacun nécessite d'être sondée. Or les motifs personnels sont en principe extérieurs au champ contractuel, ils relèvent de la liberté individuelle⁷¹⁸. Par ailleurs, la pratique révèle qu'il peut y avoir des investisseurs dans les sociétés fermées, comme des associés dans les sociétés cotées⁷¹⁹. Au-delà d'une césure consacrée entre ces catégories de sociétés, il est également possible d'imaginer l'élaboration d'un ensemble de règles communes à l'organisation interne des rapports entre associés, par le simple reclassement de dispositions existantes et l'insertion de quelques nouvelles.

Dans un second temps, alors, le droit commun pourrait être reconstruit sur la base d'un rassemblement, dans plusieurs paragraphes, des principales composantes de la vie interne de la société.

- Un paragraphe rassemblerait les règles touchant au capital social, englobant les dispositions relatives aux apports, le principe de la répartition proportionnelle des droits sociaux entre les associés mais également, la règle posée à l'article 1841 du Code civil selon laquelle les sociétés doivent être spécialement autorisées par la loi à émettre des titres négociables et procéder à une offre au public de titres financiers. En vue de moderniser le droit, peut-être serait-il envisageable d'introduire à leur suite, des règles communes aux opérations sur capital social et au transfert des droits sociaux⁷²⁰. S'agissant de ce dernier ensemble, celui-ci serait introduit par le principe proposé d'un agrément applicable obligatoirement, sauf exception contenue dans les dispositions de droit spécial. Plusieurs dispositions pourraient le compléter, en plus de celles existantes, tel l'article 1843-4 par exemple. Paradoxalement, à l'instar de ce qui existe dans le cadre des sociétés cotées, il serait possible d'envisager l'octroi au profit des minoritaires d'un droit de retrait en cas

⁷¹⁷ V. notamment : LUCAS (F.-X.), *Les transferts temporaires de valeurs mobilières, Pour une fiducie des valeurs mobilières*, préf. L. Lorvellec, L.G.D.J., 1997, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 283, 1997, p. 145, n° 281. *Contra* TADROS (A.), *La jouissance des titres sociaux d'autrui*, préf. Th. Revet, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, vol. 130, 2013, p. 124, n° 120.

⁷¹⁸ V. notamment : Cass. 1^{ère} civ., 12 juillet 1989, *Bull. civ.* I, n° 292, p. 194, *Deffrénois* 1990, p. 358, note (J.-L.) AUBERT.

C. civ., art. 1162 : « Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties ».

Adde ANDREU (L.), THOMASSIN (N.), *op. cit.*, p. 190 ; LARROUMET (Ch.), BROS (S.), *Droit civil, Les obligations, Le contrat*, t. 3, Economica, 8^{ème} éd., 2016, p. 444, n° 454.

Rapppr. GÉNICON (Th.), « Défense et illustration de la cause en droit des contrats », *D.* 2015, p. 1551.

⁷¹⁹ S'agissant des sociétés fermées, le montage des « *leverage buy out* » illustre la possibilité pour un banquier de participer au financement du capital social en se rémunérant grâce aux dividendes et l'acquisition préalable de la qualité d'associé.

S'agissant des sociétés ouvertes, v. MORIN (A.), « *Intuitus personae* et sociétés cotées », *RTD com.* 2000, p. 299.

⁷²⁰ À propos de la généralisation du transfert comme fait générateur de l'agrément, v. *infra* n° 271.

de cession de contrôle de la société. La cause de celui-ci résiderait dans la rupture de l'*intuitu personae* entraînée par cette cession⁷²¹. De plus, une clarification des formalités relatives au transfert des parts sociales et des actions serait vraisemblablement utile. En outre, leur intégration au sein d'un même paragraphe introduit par le principe de l'agrément renforcerait l'absence de distinction concernant son application entre la nature de ces droits, parts sociales ou actions. Par ailleurs, à cette occasion, compléter le régime de la cession de droits sociaux pourrait être envisagé, notamment par la consécration de certaines garanties⁷²².

- Dans un autre paragraphe, les dispositions relatives aux décisions collectives regrouperaient notamment les règles propres à la réunion des assemblées, au vote des délibérations sociales, à leur nullité.

- Enfin, un dernier paragraphe à mi-chemin entre l'ordre interne et l'ordre externe concernerait la gérance, les règles organisant les pouvoirs délégués par les associés au nom de la société, mais aussi, leur pouvoir de représentation vis-à-vis des tiers.

Cependant, en dépit de l'apparente utilité de la modernisation de ce droit commun, une objection pratique pourrait lui être opposée. En effet, celui-ci paraît présenter peu d'intérêts pour les formes sociales déjà anciennes telles que la SARL ou la SNC en raison de leur singularité ou de la précision de leurs règles par rapport au droit commun. Certes d'une moindre importance pour ces sociétés, ce nouvel ordonnancement ne serait toutefois pas vain, car il présente deux principales utilités.

- D'une part, l'esprit irriguant l'ensemble de ces règles étant celui d'un droit des sociétés fermées, alors celui-ci contaminerait le droit des sociétés spéciales, du moins, celles qui n'auraient pas statutairement démenti l'influence de l'*intuitu personae*⁷²³. Apparemment inutile, il permettrait, en réalité, de donner une orientation aux juges pour dénouer certaines règles de fonctionnement ou résoudre des conflits d'intérêts⁷²⁴.

- Et, d'autre part, cette reconstruction pourrait être très utile pour pallier les insuffisances rédactionnelles de la législation de la SAS.

186. Des clés de résolution pour la législation de la SAS. Sa formulation suscite quelques interrogations. Deux exemples les illustrent.

⁷²¹ SAUGET (I.), *Le droit de retrait de l'associé*, thèse Paris X – Nanterre, 1991.

⁷²² Pour les discussions relatives au régime de la cession de droits sociaux, v. notamment les propositions faites par : CAFFIN-MOI (M.), *Cession de droits sociaux et droit des contrats*, préf. D. Bureau, Economica, coll. Recherches juridiques, t. 21, 2009 ; LACROIX - DE SOUSA (S.), *La cession de droits sociaux à la lumière de la cession de contrat*, préf. M.-E. Ancel, avant-propos L. Aynès, L.G.D.J., Fondation Varenne « Collection des Thèses », t. 37, 2010.

⁷²³ V. *supra* n° 147 et s.

⁷²⁴ Pour des exemples, v. *supra* n° 353 et s., 381 et s.

- En premier lieu, eu égard au contentieux relatif à l'interprétation du domaine des clauses d'agrément⁷²⁵, l'unique mention par l'article L. 227-14 du Code de commerce de la « cession d'actions » comme domaine de ces clauses pose problème, d'autant plus que les statuts reprennent souvent la terminologie employée par la loi. L'incertitude pesant sur l'interprétation de la loi se reporte alors sur les statuts⁷²⁶.

- En second lieu, il existe des doutes quant à l'application de la procédure de rachat en cas de refus d'agrément⁷²⁷. Les dispositions de la section générale relative aux actions s'appliquent-elles ? Ou, au contraire, le législateur a-t-il sciemment omis d'y soumettre les actions de SAS ?

De lege feranda, les réponses à ces questions se trouveront dans le droit commun, lequel aura pour effet non seulement de simplifier le droit, mais aussi, d'harmoniser les dispositions statutaires entre les sociétés grâce à sa fonction de modèle.

En effet, à plus long terme, il est possible d'imaginer un effet d'harmonisation entre les différentes formes sociétaires, le succès de la SAS réduisant d'autant plus la constitution des autres sociétés, peut-être même, jusqu'à les réduire à une certaine désuétude à l'image de la place qu'occupent actuellement les sociétés en commandite. Au regard de l'agrément, les spécificités de chaque société seraient peu à peu lissées, laissant ainsi dominer son application obligatoire, sauf dispositions statutaires contraires. Enfin, la structure de la SAS serait plus intelligible pour les justiciables dont actuellement, la compréhension nécessite impérativement les explications d'un praticien.

Conclusion Section II. Un principe issu de l'essence des sociétés fermées.

187. Un principe fondateur. La généralisation de l'agrément découle de l'essence même du contrat de société. Afin de l'affirmer, une réflexion sur l'analogie entre la cession de contrat et la cession de droits sociaux a été entreprise ; ces opérations présentant pour point commun de requérir l'application d'un agrément, afin de préserver l'*intuitu personae* inhérent aux rapports entre les parties. Ce point de départ a permis de s'interroger sur la nature de la société, ainsi que celle des droits transférés à l'occasion de cette opération. À cette fin, furent successivement éliminées les différentes qualifications possibles tant de la société que des droits sociaux, ne permettant pas

⁷²⁵ V. *supra* n° 194 et s.

⁷²⁶ V. *supra* n° 263 et s.

⁷²⁷ V. *infra* n° 467 et s.

de justifier la présence de l'agrément. Or cette dernière ne s'explique que par son lien avec l'*intuitu personae*, lequel ne peut exister sans le soutien d'un contrat entre les associés. Souvent rejetée, cette conception contractuelle de la société s'avère pourtant non seulement justifiée historiquement, mais elle trouve aussi des échos récents en doctrine.

La qualification de contrat-organisation proposée par le professeur Didier permet, à cet égard, de souligner la spécificité de la relation existant entre les associés. Celle-ci se caractérise en effet par la convergence de leur intérêt, ainsi qu'une dimension organisationnelle afin de permettre la réalisation de ce but commun.

Cette conception se répercute, corrélativement, sur l'analyse de la nature des droits sociaux. Si les rapports entre les associés sont gouvernés par des liens contractuels, alors pourquoi ne pas les analyser comme la représentation d'une position contractuelle ? Confrontée à l'application d'un agrément, seule cette qualification est à même de justifier la présence de l'*intuitu personae* dans l'objet cédé : la qualification de bien est exclusive de cette présence, tandis que celle de créance est trop réductrice pour contenir l'ensemble des droits et obligations transmis avec les droits sociaux.

L'interrogation initiale est alors résolue : il existe une véritable analogie de nature entre la cession de contrat et la cession de droits sociaux. L'agrément trouve son fondement au cœur même de la société : les relations contractuelles entre les associés. Ces relations sont essentielles pour ce groupement puisque sa création comme sa survie dépendent de leur volonté réunie. Le principe proposé apparaît dès lors comme participant de l'essence même des sociétés marquées d'*intuitu personae*.

Une fois ce contexte révélé, il a été aisé de vérifier la légitimité de la généralisation de l'agrément. La qualification de la cession de droits sociaux en tant que cession de contrat aboutit naturellement à s'interroger sur la compatibilité de leur régime. La réforme du droit des contrats par l'ordonnance du 16 février 2016 a consacré le régime jurisprudentiel jusqu'alors appliqué à la cession de contrat. Celui-ci confirme notamment l'effet translatif de la qualité de cocontractant, à l'instar de la cession de droits sociaux, et la nécessité pour le cédé de donner son accord à cette modification, comme le requiert l'agrément sociétaire, qu'il soit légal ou conventionnel. Bien que la loi n'emploie pas le terme d'agrément, cet accord ne peut avoir d'autre teneur que d'approuver la personne du cessionnaire. Par conséquent, l'exigence de cet accord, sans distinction selon le caractère *intuitu personae* ou non du contrat, approuve certes implicitement mais *a fortiori*, la proposition de généraliser l'application de l'agrément, à laquelle des dérogations seraient offertes, *de lege feranda*, par le droit spécial des sociétés.

In fine, la dimension contractuelle et personnaliste de la société étant réaffirmée, la construction d'un nouveau droit des sociétés serait envisageable. Basée sur la *summa divisio* distinguant les sociétés fermées des sociétés ouvertes, les premières seraient gouvernées par le contrat entre les associés et son *intuitu personae*, tandis que les secondes seraient dominées par des considérations patrimoniales. Crainte par le législateur en raison d'une supposée complexité, cette construction ne s'avérerait être, en réalité, qu'une reconstruction. En effet, l'ensemble des règles gouvernant ce droit existe déjà, à l'exception du principe de l'agrément obligatoire découlant du postulat de la présence de l'*intuitu personae*, dans toutes les sociétés dont les titres ne sont pas offerts à la négociation sur un marché. Une réorganisation des textes serait néanmoins utile afin de séparer les règles relatives à la personnalité morale, et celles de l'ordre interne à la société. À partir de cette nouvelle répartition, de nouveaux textes pourraient s'y ajouter notamment afin de moderniser le droit des sociétés. Il serait ainsi possible d'imaginer la consécration d'un droit de retrait au profit des associés minoritaires en cas de cession de contrôle. Cette consécration serait justifiée par la rupture de l'*intuitu personae* qu'entraîne cette opération. En outre, l'esprit de ce nouveau droit commun serait différent de celui ayant guidé le législateur lors des réformes de 1966 et de 1978. À l'image du droit anglo-saxon élaboré selon une conception contractuelle de la société, l'objectif des textes ne serait pas tant d'imposer une règle aux associés que de donner à leur société un cadre légal simple et intelligible, dont la rédaction des statuts pourrait s'inspirer. Cela, toutefois, dans la limite offerte par le jeu de la combinaison entre les règles impératives et les règles supplétives.

Conclusion Chapitre II.

Une source unifiée.

188. L'affirmation possible d'un droit des sociétés fermées. La complexité de la législation encadrant l'agrément sociétaire n'est pas inéluctable. Un palliatif à son éparpillement consiste à rechercher, pour un ensemble de règles dont la finalité est commune, leur fondement, tant factuel que juridique. Cette recherche a pour vertu de permettre l'unification de ces règles sous la forme d'un principe, faisant ainsi abstraction des détails précisant leur mise en œuvre.

À cet égard, il a été observé que l'agrément avait toujours pour finalité de préserver l'*intuitu personae* inhérent aux rapports entre associés, et qu'il pouvait exister dans toutes les sociétés, quelle que soit leur structure, hormis celles offrant leurs titres sur un marché réglementé. Cette constatation générale est dès lors susceptible de constituer une hypothèse pour laquelle la loi a vocation à poser une solution. Si la majorité des sociétés sont marquées par la présence de l'*intuitu personae*, alors l'application de l'agrément en cas de transfert des droits sociaux nécessite d'être généralisée⁷²⁸. En outre, cette généralisation est légitime car elle est justifiée par la nature des relations entre les associés. Même après l'immatriculation de la personne morale, ces derniers restent unis par des liens contractuels sans lesquels l'*intuitu personae*, et indirectement l'agrément, n'auraient pas de fondement. Corrélativement, cette analyse oblige à concevoir la cession de droits sociaux comme une cession de contrat car seule celle-ci justifie l'opposabilité de l'*intuitu personae* aux tiers cessionnaires⁷²⁹.

Concrètement, afin de rendre effective cette unification de la source de l'agrément, deux dispositions légales nécessiteraient d'être insérées dans le droit commun des sociétés : une première consacrant l'existence supposée de l'*intuitu personae* dans les sociétés non-cotées, et une seconde généralisant l'application d'un agrément obligatoire. Cependant, cette dernière mention connaîtrait une atténuation, car toutes les sociétés ne peuvent être aussi fermées qu'une société en nom collectif⁷³⁰. Les exceptions à son caractère obligatoire seraient alors précisées dans le droit spécial des sociétés. Afin de ne pas bouleverser la physionomie des structures sociétaires

⁷²⁸ V. *supra* n° 138 et s.

⁷²⁹ V. *supra* n° 165 et s., n° 172 et s.

⁷³⁰ V. *supra* n° 146.

actuelles, les contours de la supplétivité de l'agrément pourraient être déterminés en fonction de l'importance de l'*intuitu personae* accordée par le législateur à chacune d'elles.

- Il en résulterait alors que la SNC nécessiterait d'être toujours fermée⁷³¹.

- Les commandites simples suivraient le même régime, à l'exception des parts de commanditaires lesquelles pourraient être libérées d'un agrément lors des cessions aux associés, commandités ou commanditaires⁷³².

- Les sociétés réglementées présenteraient un degré supérieur d'ouverture vis-à-vis des tiers. En effet, celles-ci se révèlent être des sociétés dont le caractère professionnel est affirmé. Par conséquent, seules les cessions entre associés pourraient en être dispensées par les statuts, leur qualité professionnelle étant acquise⁷³³.

- S'agissant de la société civile et de la SARL, les dispositions actuelles leur confèrent un fort caractère familial. Dès lors, les dispositions spéciales devraient permettre aux statuts de dispenser d'agrément les opérations au profit de ces personnes. Toutefois, encore faut-il les identifier. Le droit positif suscite des doutes sur ce point. Afin de les dissiper, il pourrait être envisagé de désigner ces personnes par les liens juridiques les unissant à l'associé : matrimonial, filial, successoral, ou un PACS. Cette simplification permettrait d'éviter notamment les questionnements liés, par exemple, aux seules mentions textuelles de la communauté de biens entre époux ou de l'héritier⁷³⁴.

- Enfin, s'agissant des sociétés par actions, leur droit commun pourrait être réuni sur la base de deux fondements. Celui du principe de la libre négociabilité des titres, lequel leur confère la possibilité de circuler sans entrave. Mais aussi, celui du postulat selon lequel la SAS a vocation à devenir la société de droit commun. Alors, sauf dispositions contraires des statuts, l'agrément serait applicable par l'effet de la loi, sans autre précision⁷³⁵.

En outre, la généralisation de l'agrément interroge sur le réalisme de la consécration d'une *summa divisio* entre les sociétés dites fermées et celles dites ouvertes. Souvent plébiscitée par la doctrine, cette distinction est pourtant systématiquement rejetée par le législateur car jugée trop complexe⁷³⁶. Or des exemples étrangers illustrent pourtant sa souplesse. Ainsi le droit britannique se caractérise-t-il par la liberté offerte à ses justiciables en raison de sa conception contractuelle de la société mais aussi, paradoxalement, par une certaine sécurité. Ce droit se veut pragmatique. Il

⁷³¹ V. *supra* n° 148.

⁷³² V. *supra* n° 149.

⁷³³ V. *supra* n° 150.

⁷³⁴ V. *supra* n° 151.

⁷³⁵ V. *supra* n° 152.

⁷³⁶ V. *supra* n° 179.

propose un modèle de statuts-types aux associés afin d'éviter les aléas liés à l'interprétation de la loi, ou même, des statuts⁷³⁷.

Le droit français des sociétés pourrait s'en inspirer pour reconstruire son droit commun⁷³⁸. L'idée consisterait non pas à lui adjoindre un modèle de statuts-types, mais à réorganiser les textes selon un plan auquel les statuts pourraient facilement s'adapter⁷³⁹. Plus précisément, il conviendrait de distinguer les rapports externes des rapports internes de la société, au titre desquels la nature contractuelle de la société pourrait être réaffirmée⁷⁴⁰. De plus, le postulat proposé constituerait la possible base d'une séparation entre les sociétés pour lesquelles la personnalité des associés est essentielle, et celles pour lesquelles les aspects financiers sont primordiaux. Loin de la complexité prétendue, il suffirait alors de reclasser les dispositions relatives à ces rapports sous différents paragraphes ayant pour objet d'encadrer la gérance, l'adoption des décisions collectives et le capital social. Ce dernier pourrait inclure les dispositions relatives aux cessions de droits sociaux ou, plus précisément, l'ensemble des opérations réalisant leur transfert, ce mot désignant un fait générateur de l'agrément plus général.

⁷³⁷ V. *supra* n° 182.

⁷³⁸ V. *supra* n° 183 et s.

⁷³⁹ V. *supra* n° 184.

⁷⁴⁰ V. *supra* n°185 et s.

Conclusion Titre I.

La source de l'agrément.

189. Une unification simplificatrice et constructive. De la détermination par la loi au cas par cas des hypothèses pour lesquelles l'agrément s'applique ou non, il résulte une complexité certaine du droit positif. Variant entre une source conventionnelle ou légale, la présence de l'agrément fut modulée par le législateur afin de favoriser certaines cessions de droits sociaux et, plus particulièrement, les transmissions familiales⁷⁴¹. Or cette méthode rend les textes peu intelligibles, car le traitement du bénéficiaire d'une de ces opérations est souvent inégal d'une société à une autre. Par exemple, le conjoint de l'associé d'une SARL ne se verra pas, par principe, opposer un agrément⁷⁴², au contraire de celui de l'associé d'une société civile⁷⁴³. Mais le conjoint le plus favorisé reste celui de l'actionnaire d'une société anonyme pour qui la cession est toujours libre, en raison de l'interdiction de stipuler à son égard une telle clause⁷⁴⁴. Paradoxalement, cette société apparaît ainsi comme étant celle où l'*intuitu personae* des proches envers la société est le plus fort⁷⁴⁵. Ces différences instituées à des fins de politique législative heurtent non seulement la vocation première de certaines structures, mais aussi la notion même d'*intuitu personae*, dont la définition, par nature subjective, appartient exclusivement aux associés.

Une unification de la source de l'agrément est pourtant possible⁷⁴⁶. Celle-ci découle du fait que toutes les sociétés non-cotées sont susceptibles d'être influencées par l'*intuitu personae* des associés. Cette unification pourrait se réaliser par la généralisation de l'agrément, sans tenir compte de la nature des droits sociaux, ni de celle de son fait générateur, ou même de la qualité de ses bénéficiaires. Cette généralisation serait, de la sorte, justifiée factuellement, mais elle trouverait également son fondement juridique dans l'existence du contrat de société entre les associés⁷⁴⁷. En effet, seul ce dernier explique que l'*intuitu personae* lui étant inhérent soit opposable, à travers l'agrément, au tiers cessionnaire ou aux héritiers de l'associé décédé. Une fois ce postulat posé, l'analogie entre la cession de contrat et la cession de droits sociaux apparaît flagrante ; la proposition d'une généralisation de l'agrément trouvant, par ailleurs, un certain écho dans le

⁷⁴¹ V. *supra* n° 127 et s.

⁷⁴² V. *supra* n° 96.

⁷⁴³ V. *supra* n° 95.

⁷⁴⁴ V. *supra* n° 98.

⁷⁴⁵ V. *supra* n° 128.

⁷⁴⁶ V. *supra* n° 138.

⁷⁴⁷ V. *supra* n° 156.

régime de la cession de contrat tel que consacré par l'ordonnance du 10 février 2016⁷⁴⁸. Toutefois, dans le cadre du droit des sociétés, le principe d'un agrément généralisé nécessiterait d'être ponctué d'exceptions afin de respecter la physionomie actuelle des structures sociétaires. Toutes ne peuvent, en effet, être aussi fermées qu'une SNC ou, aussi ouvertes qu'une société anonyme⁷⁴⁹.

Plus généralement, le principe d'un agrément obligatoire présenterait de nombreux avantages. Certes dirigiste, il n'en serait pas moins protecteur. Il limiterait de la sorte les risques liés à l'interprétation des lois ou des statuts, ainsi que l'éventualité d'une négligence de ces derniers quant à la prévision de l'agrément. En leur laissant la possibilité de stipuler sa dispense, la loi redonnerait le pouvoir aux associés de définir librement leur *intuitu personae*. Par ailleurs, cette consécration pourrait constituer la base d'une reconstruction du droit commun des sociétés autour de la distinction des sociétés fermées et des sociétés ouvertes, laquelle aurait le mérite de mieux correspondre à la réalité du tissu économique français et européen⁷⁵⁰. En outre, du point de vue du régime de l'agrément, l'unification de sa source pourrait être la première étape de sa simplification, à laquelle suivrait celle de ses faits générateurs.

⁷⁴⁸ V. *supra* n° 173.

⁷⁴⁹ V. *supra* n° 145 et s.

⁷⁵⁰ V. *supra* n° 183 et s.

Titre II.

Les faits générateurs de l'agrément.

190. Plan. Un fait générateur se définit comme un « événement qui déclenche la mise en œuvre d'une situation juridique »⁷⁵¹. En droit des sociétés, cet événement pourra prendre la forme d'un acte ou d'un fait juridique qui, lorsqu'il est visé par la loi ou les statuts⁷⁵², déclenche la mise en œuvre de la procédure d'agrément.

Cependant, dès lors qu'un de ces faits générateurs ne correspond pas à celui défini par sa source, il existe un risque d'insécurité juridique lié à l'interprétation de la lettre du texte le visant. Ce risque est d'autant plus élevé que ces faits générateurs sont souvent corrélés à la qualité d'un bénéficiaire, cette dernière pouvant, elle-même, être sujette à interprétation⁷⁵³ (Chapitre I). Ces incertitudes s'atténueraient toutefois si, dans la lignée d'une unification de la source de l'agrément, un seul d'entre eux était généralisé (Chapitre II).

⁷⁵¹ « [...] Par exemple, la mise en tutelle d'un majeur incapable induit sa représentation dans l'action en justice » (GUILLIEN (R.), VINCENT (J.), sous la direction de GUINCHARD (S.) et MONTAGNIER (G.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 24^{ème} éd., 2016, v. « Fait générateur »).

⁷⁵² V. à propos des sources de l'agrément, *supra* n° 87.

⁷⁵³ D'où l'importance du soin apporté à la rédaction des textes. V. à ce propos : GÉNICON (Th.), « La grammaire dans la réforme du droit des contrats », *Revue des contrats* 2016, n° 4, p. 751.

Chapitre I. Des faits générateurs incertains.

Chapitre II. Un fait générateur généralisé.

Chapitre I.

Des faits générateurs incertains.

191. Plan. D'après les textes, deux faits générateurs suscitent principalement l'application de l'agrément : une cession ou une transmission de droits sociaux⁷⁵⁴. Or cette ligne de lecture cause un abondant contentieux, principalement pour deux raisons. D'une part, la diversité des opérations assimilées à une cession est une source d'insécurité juridique (Section I). Et, d'autre part, les dispositions relatives aux transmissions sont parfois lacunaires ou incohérentes (Section II). Leur analyse sera l'occasion de s'interroger sur la cause de ces défauts et comment y remédier.

Section I. Une insécurité juridique liée à la diversité des cessions de droits sociaux.

192. Plan. En présence d'une cession de droits sociaux, la loi fait souvent dépendre la source de l'agrément de la qualité du cessionnaire, multipliant ainsi les hypothèses constitutives de son domaine⁷⁵⁵. Définir cette opération juridique de « cession » est donc un préalable nécessaire. Cependant, l'abord de cette définition révèle que son champ d'application est sujet à certaines extensions ou restrictions : elle est donc empreinte d'incertitudes (§ I). Ces doutes ne se limitent toutefois pas à sa seule définition ; ils concernent aussi la qualité du cessionnaire, laquelle est variable en fonction des textes et des types sociétaires (§ II).

§ I. L'absence de définition unitaire de la cession de droits sociaux.

193. Plan. La cession de droits sociaux peut être définie strictement (I) ou souplement (II). Quel est le parti pris par la jurisprudence et le législateur sur cette définition ?

⁷⁵⁴ Société civile : « la cession » (C. civ., art. 1861) puis la succession (C. civ., art. 1870 et 1870-1) ; SNC : « la cession » (C. com., art. L. 215-13) ; SCS : « la cession » (C. com., art. L. 222-8) ; SARL : « la cession » et la « transmission par voie de succession » ou en cas de « liquidation de communauté de biens entre époux » (C. com., art. L. 223-13) ; SA non cotée : « la cession », puis la « succession » et la « liquidation du régime matrimonial » (C. com., art. L. 228-23) ; SCA : renvoi aux règles de la SCS (C. com., art. L. 226-1, al. 2) ; SAS : « toute cession » (C. com., art. L. 227-14) ; SE : « tout transfert » (C. com., art. L. 229-11). Cette constatation est conforme à la volonté exprimée par le législateur lors des débats parlementaires de distinguer ces deux opérations, v. notamment à propos des sociétés anonymes: *JO AN CR*, 11 juin 1965, p. 2018 ; *JO Sénat CR*, 27 avril 1966, p. 348.

⁷⁵⁵ V. *supra* n° 88 et s.

I. La définition stricte de la cession de droits sociaux.

194. Plan. La définition stricte ou, définition littérale, est celle pour laquelle le mot défini, en l'occurrence une « cession », ne fait pas l'objet d'assimilations avec d'autres opérations juridiques. Cette conception semble dominer (A), spécialement au regard de l'importance du contentieux à l'occasion duquel la Haute juridiction a pu affirmer l'absence de synonymie entre ce mot et certaines opérations juridiques (B).

A. Une définition jurisprudentielle implicitement stricte.

Cette définition se présente à la fois positivement et négativement, sans qu'il ne soit nécessaire de distinguer la cession onéreuse de la cession gratuite.

195. La définition positive. Le mot « cession » est susceptible de revêtir différentes significations. En pratique, il est couramment employé pour désigner l'opération réalisée par un contrat de vente, volontaire ou forcé⁷⁵⁶, ou de donation si elle est à titre gratuit. Des synonymes de ce mot comme « aliénation » ou « mutation » sont souvent utilisés dans le texte des clauses d'agrément⁷⁵⁷. À cet égard, la Cour de cassation a approuvé la définition d'une cession comme étant « tout acte ayant pour objet ou pour effet la mutation entre vifs »⁷⁵⁸ des droits sociaux. Dès lors, le terme « transmission », synonyme de « mutation », le serait-il aussi indirectement du mot « cession »⁷⁵⁹? Cette question fut récurrente dans le contentieux né de l'application aux opérations de restructuration d'un agrément dont le champ ne visait que les cessions. Il est vrai que les textes ne précisent pas, lorsqu'ils mentionnent le terme « cession », si le transfert réalisé est à titre particulier ou à titre universel. À l'occasion d'une de leur interprétation, la jurisprudence a pu définir négativement l'opération juridique réalisée par une cession de droits sociaux.

196. La définition négative. La lecture de la jurisprudence indique que la cession peut se définir négativement par opposition aux transmissions. À titre d'illustration, un arrêt de la Haute

⁷⁵⁶ V. en ce sens : MORTIER (R.), *Le rachat par la société de ses droits sociaux*, préf. J.-J. Daigre, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 27, 2003, p. 229, n° 289.

⁷⁵⁷ Soulignant également cette constatation lors du commentaire d'un arrêt relatif à l'assimilation d'apports à une cession, v. OPPEIT (B.), note sous Cass. com., 21 janvier 1970, Société Cassegrain c/ Garnier, *JCP G* 1970, II, 16541. V. aussi : LE CANNU (P.), DONDERO (B.), *Droit des sociétés*, Montchrestien, 6^{ème} éd., 2015, p. 355, n° 534.

⁷⁵⁸ Cass. com., 3 juin 1986, Groupement aptésien de la cerise industrielle Aptunion c/ société Clerici et compagnie, *Bull. civ.* 1986, IV, n° 115, p. 98; *D.* 1987, jurisp. p. 95, note (J.-J.) DAIGRE ; *Rev. sociétés* 1987, p. 52, note (Y.) REINHARD.

⁷⁵⁹ Le lexique juridique de l'association Henri Capitant définit la cession comme la « transmission entre vifs, du cédant au cessionnaire, d'un droit réel ou personnel, à titre onéreux ou gratuit » (CORNU (G.), (sous la direction de), *Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant*, préf. G. Cornu, P.U.F., coll. Quadridge, 11^{ème} éd., 2016, v. « cession » ; GUILLIEN (R.), VINCENT (J.), sous la direction de GUINCHARD (S.) et MONTAGNIER (G.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 24^{ème} éd., 2016, p. 97, v. « cession » : « Transmission d'un droit entre vifs ».

juridiction du 19 avril 1972 a ainsi exclu du champ d'application d'une clause d'agrément une opération de scission au motif que : « [...] la transmission des parts est faite directement de la société ancienne à la société nouvelle par dévolution de patrimoine : elle ne peut donc pas être considérée comme une cession isolée faite à un tiers [...]»⁷⁶⁰.

Il s'en infère que l'ensemble des opérations juridiques réalisant une transmission universelle de patrimoine ne sont pas assimilables à une cession. En pratique, les rédacteurs des statuts doivent dès lors veiller à préciser s'ils entendent soumettre les opérations de restructuration à un agrément, car l'emploi du terme « cession » ne le présume en aucun cas⁷⁶¹. En revanche, il n'est pas nécessaire de préciser si la cession est conclue à titre onéreux ou à titre gratuit.

197. L'indifférence du caractère onéreux ou gratuit. À défaut de précision légale ou statutaire sur le caractère onéreux ou gratuit de la cession soumise à l'agrément, les juges du fond confèrent au terme « cession » l'un ou l'autre de ces caractères⁷⁶². Approuvée par la Haute juridiction, cette absence de distinction est opportune car ce caractère n'a pas d'incidence sur les modalités techniques de l'opération. En outre, le rejet de l'un ou de l'autre caractère aurait obligé les juges du fond à sonder l'intention des parties, démarche que ne privilégie pas la Cour de cassation.

B. Les opérations explicitement exclues par la jurisprudence de la définition.

198. Plan. La Cour de cassation privilégie l'interprétation littérale des textes et des clauses d'agrément, peu important la volonté des parties de se prémunir contre l'entrée d'un tiers, subrepticement par la prise de contrôle du capital d'un actionnaire personne morale (1), ou plus frontalement, par la réalisation d'une opération de restructuration (2).

⁷⁶⁰ Cass. com., 19 avril 1972, Société nouvelle Cargo Maritime c/ Société Michaelides ; *Bull. civ.* 1972, IV, n° 115 ; *D.* 1972, jurispr. p. 538, note (D.) SCHMIDT. Également en ce sens : CA Chambéry, 26 novembre 2002, Société Pernat Industrie c/ SA Banque de Vizille, *D.* 2003, p. 1216, note (B.) ESPESSON-VERGEAT, lequel arrêt énonce « que la transmission universelle du patrimoine ne peut être réduite à un ensemble de cessions réalisées à titre isolé, s'agissant d'une opération globale ». Cass. com., 12 février 2008, SCEA Domaine de Cabriac c/ SA Bernard Taillan France, *Bull. Joly Sociétés* 2009, p. 28, note (P.) LE CANNU ; *Dr. sociétés* 2008, n° 4, obs. (R.) MORTIER. « [...] la transmission des parts par voie de fusion-absorption de sociétés dont le mécanisme est différent de la cession ». Pour plus de précisions à propos de la licéité des clauses d'agrément visant les opérations de restructuration, v. *infra* n° 257 et s.

⁷⁶¹ Pour les difficultés liées à l'interprétation de telles clauses, v. *infra* n° 263 et s.

⁷⁶² À propos d'une donation de parts de société civile, v. CA Bordeaux, 4 janvier 1961, *Rev. sociétés* 1961, p. 65 ; Cass. com., 21 janvier 1970, Société Cassegrain c/ Garnier, *JCP G* 1970, II, 16541, note (B.) OPPEIT ; CA Paris, 3^{ème} ch., sect. A, 6 décembre 2005, Consorts S. c/ SCI Val Thorens et autres, *Bull. Joly Sociétés* avril 2006, n° 4, p. 521 comm. (H.) LÉCUYER. Dans cet arrêt, l'article 13 des statuts de la SCI était intitulé « Cession des parts entre vifs » sans autre précision.

Comp. Cass. com., 17 mars 2009, n°08-11.268, *Bull. Joly Sociétés* 2009, p. 847, note (B.) SAINTOURENS. En l'espèce, la Chambre commerciale a jugé que si les statuts stipulaient que l'actionnaire devait notifier à la société le projet de cession projeté en précisant le prix de cession, cette clause n'était pas applicable aux cessions consenties à titre gratuit.

1. La modification du capital d'un associé personne morale.

199. L'exclusion des cessions indirectes de droits sociaux. Le terme « cession », visé dans le champ d'application d'un agrément légal ou statutaire, peut-il être interprété comme incluant les cessions indirectes de droits sociaux, c'est-à-dire, en cas de changement de la composition du capital social d'un associé - personne morale ? Par un arrêt du 13 décembre 1994, la Chambre commerciale a répondu négativement à cette question⁷⁶³, laquelle se posait avec d'autant plus d'acuité qu'en l'espèce, la société demanderesse était une société anonyme d'édition.

En effet, au titre de l'exigence d'indépendance de la presse, ces sociétés bénéficient d'une protection légale particulière en cas de prise de contrôle. À cette fin, l'article 4 de la loi du 1^{er} août 1986 dispose que « toute cession d'actions est soumise à l'agrément du conseil d'administration et de surveillance »⁷⁶⁴. Le pourvoi a ainsi pris prétexte de l'esprit de la loi et de son absence de précision quant au terme « cession », pour invoquer l'application de l'agrément aux cessions indirectes de titres induisant la prise de contrôle de l'entreprise de presse. Cette assimilation est néanmoins rejetée par trois attendus riches d'enseignements.

- En premier lieu, la Cour de cassation rappelle que ni les dispositions spéciales de la loi du 1^{er} août 1986, ni celles générales de la loi du 24 juillet 1966, n'imposent de soumettre à l'agrément de la société les mouvements internes portant sur les titres de ses actionnaires. De plus, elle relève la constatation faite par les juges du fond selon laquelle, les statuts de la société éditrice ne mentionnaient pas non plus une telle hypothèse. À cet égard, la solution posée par l'arrêt commenté mérite l'approbation. En effet, celle-ci est conforme à l'objet de l'agrément, lequel s'applique à la cession des actions de la société émettrice et non à celles de ses actionnaires, personnes morales. De plus, le fait de souligner que la clause statutaire ne visait pas une telle situation laisserait entendre que l'inverse aurait été admissible, ce que suggère la Cour de cassation dans un second attendu.

- En second lieu, la Cour de cassation indique : « [...] qu'ayant relevé que les statuts de la société du Journal ne prévoyaient pas la possibilité d'exclure un actionnaire, la Cour d'appel a estimé à bon droit que la société du Journal n'était pas fondée à ordonner la cession de ses actions détenues par [les sociétés actionnaires] ». Par cet attendu, la Haute juridiction admet, certes implicitement, mais pour la

⁷⁶³ Cass. com., 13 décembre 1994, n° 93-12.349, Bujon c/ Etarci, *Bull. civ.* 1994, IV, n° 384, p. 317 ; *Bull. Joly Sociétés* 1995, p. 152, note (P.) LE CANNU ; *Rev. sociétés* 1995, p. 298, note (D.) RANDOUX ; *JCP E* 1995, II, 705, note (Y.) PACLOT.

Adde FAUGÉROLAS (L.), « Les moyens de défense face à une acquisition indirecte d'actions », *JCP E* 1995, 483.

⁷⁶⁴ *Adde* BEAUFORT (J.-L.), « Le droit d'agrément dans les sociétés de presse », (article 4 de la loi n° 86-987 du 1^{er} août 1986), *Rev. sociétés* 1994, p. 433.

première fois, le principe de la validité d'une clause d'exclusion⁷⁶⁵. Cette consécration est bienvenue car l'insertion de cette clause semble préférable au dévoiement de l'objet de l'agrément ; cela néanmoins sous réserve de son adoption unanime et de la précision suffisante des causes de l'exclusion⁷⁶⁶. Sa mise en œuvre permet ainsi de préserver l'intérêt social, sans porter atteinte aux droits individuels des associés.

- Enfin, faute d'avoir pu se prévaloir de l'un ou l'autre de ces moyens, le pourvoi invoquait la connivence entre le cédant et le cessionnaire, dans la prise de contrôle indirecte de la société éditrice. D'après les demandeurs, la fraude était avérée par le fait que l'actif de la société actionnaire se composait uniquement des titres de la demanderesse. Par un attendu ferme, la Haute juridiction rejette ce moyen en posant le principe selon lequel : « [...] la prise de participation, même majoritaire, dans le capital d'une ou plusieurs sociétés actionnaires d'une autre société ne constitue pas, par elle seule, une fraude ayant pour objet ou pour effet d'éluder des clauses statutaires de cette société, à défaut d'éléments permettant de caractériser cette fraude »⁷⁶⁷. La prise de contrôle de la société associée n'est donc pas présumée frauduleuse ; la fraude restant à prouver par les parties qui l'invoquent⁷⁶⁸.

200. Observations conclusives du 1. Le refus d'assimiler la prise de contrôle d'un associé à une cession. Cette interprétation littérale est certes un gage de sécurité juridique en ce qu'elle confère non seulement une meilleure prévisibilité de la loi, mais aussi, une garantie de la stabilité des concepts juridiques. Cependant, elle s'oppose de toute évidence à son esprit, puisque la loi de 1946 impose le respect d'un agrément dans les sociétés de presse par actions, et cela, contrairement au principe de la libre négociabilité de ces titres. La volonté du législateur de protéger ces sociétés contre l'intrusion d'un tiers est donc claire. Il appartient dès lors aux statuts de corriger cette maladresse de la loi, sans toutefois reprendre à leur tour le mot « cession » dans la clause ; leur lettre étant pareillement interprétée par la Cour de cassation, comme l'illustre le contentieux relatif aux opérations de restructuration.

⁷⁶⁵ V. également : Cass. com., 8 mars 2005, *D.* 2005, p. 839, obs. (A.) LIENHARD ; *JCP E* 2005, p. 1046, n° 9, obs. (J.-J.) CAUSSAIN, (F.) DEBOISSY, (G.) WICKER. Cet arrêt admet expressément la validité d'une clause d'exclusion. La loi prévoit également cette possibilité dans certaines sociétés, dont la SAS notamment (C. com., art. L. 227-16 al. 1^{er}). Pour un arrêt de Cour d'appel l'ayant précédemment admis, v. CA Rouen, 8 février 1974, *Rev. sociétés* 1974, p. 507, obs. critiques (P.) RODIÈRE.

Adde LE NABASQUE (H.), « Agrément de cessions d'actions et exclusion d'actionnaires », *RJDA* 1995/3, p. 200 ; MORTIER (R.), « Consécration de la liberté statutaire d'exclusion d'un associé », note sous Cass. com. 20 mars 2012, *JCP E* 2012, 1310.

⁷⁶⁶ *Comp.* à propos de la SAS : C. com., art. L. 227-17 : « Les statuts peuvent prévoir que la société associée dont le contrôle est modifié au sens de l'article L. 233-3 doit, dès cette modification, en informer la société par actions simplifiée. Celle-ci peut décider, dans les conditions fixées par les statuts, de suspendre l'exercice des droits non pécuniaires de cet associé et de l'exclure. »

⁷⁶⁷ *Contra* Cass. com., 27 juin 1989, SA Rivoire et Carret c/ SA Lustucru, *D.* 1990, p. 314, note (J.) BONNARD. Pour plus de précisions sur ce point, v. *infra* n° 561.

⁷⁶⁸ V. à ce propos, *infra* n° 587.

2. La transmission universelle de patrimoine consécutive à une opération de restructuration.

201. Observations préliminaires. Plan. Également dénommées opérations de « transformation »⁷⁶⁹ ou de « concentration »⁷⁷⁰, l'expression « opérations de restructuration » désigne les fusions, les scissions, et les apports partiels d'actif soumis au régime des scissions⁷⁷¹. Ces opérations régies par l'article 1844-4 du Code civil, ainsi que les articles L. 236-1 à L. 236-32 du Code de commerce, sont applicables à l'ensemble des structures sociétaires. Or, lorsque l'une d'elles est projetée, deux hypothèses sont susceptibles de se présenter au regard de l'agrément.

D'abord, si le transfert des droits de la société absorbée ou scindée est en principe soumis à son agrément, sa procédure doit-elle être mise en œuvre ? En l'occurrence, il semble que l'agrément soit privé d'efficacité en raison de la nécessité, pour l'assemblée générale extraordinaire, d'autoriser préalablement l'opération⁷⁷².

Ensuite, lorsque l'agrément d'une société tierce est applicable en raison du transfert de ses droits sociaux détenus par son associée – personne morale, par la voie de son absorption ou de sa scission, un conflit surgit alors avec les règles afférentes aux opérations de restructuration. Seule cette hypothèse retiendra l'attention car elle a fait l'objet d'un contentieux important. Afin de l'aborder, il sera exposé, dans un premier temps, le problème né du transfert des droits sociaux détenus dans une société tierce par la société absorbée ou scindée (a), puis, dans un second temps, sera analysée sa résolution par la jurisprudence (b).

⁷⁶⁹ GERMAIN (M.), avec le concours de MAGNIER (V.), *Traité de droit commercial de G. Ripert et R. Roblot, Les sociétés commerciales*, t. 1, vol. 2, L.G.D.J., coll. Traité, 21^{ème} éd., 2014, p. 705, n° 2565 : « Le mot *transformation* est pris ici dans son sens étymologique. Il s'agit de donner à la société *une forme nouvelle* » ; MOULIN (J.-M.), *Droit des sociétés et des groupes*, Gualino, 2013, p. 189, n° 224 : « La transformation est l'opération par laquelle une société va quitter son enveloppe juridique présente pour en adopter une autre ».

⁷⁷⁰ JEANTIN (M.), *Droit des sociétés*, Montchrestien, 3^{ème} éd., 1994, p. 366, n° 718.

⁷⁷¹ La fusion est « l'opération par laquelle une société en annexe une autre, l'annexante et l'annexée ne faisant plus qu'une seule et même société. Juridiquement, l'article L. 236-1 du Code de commerce décrit la fusion comme la transmission universelle de patrimoine d'une société à une autre » (COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *Droit des sociétés*, Litec, coll. Manuel, 29^{ème} éd., 2016, p. 733, n° 1744). La scission est « l'opération par laquelle une société disparaît en transmettant son patrimoine à deux autres sociétés, qualifiées de sociétés bénéficiaires, créées pour l'occasion ou existantes » (*op. cit.*, p. 727, n° 1433). Au regard de l'agrément, les apports partiels d'actif doivent être soumis au même régime qu'un apport classique, sauf option en faveur de l'application du régime des scissions, laquelle aura pour effet de réaliser une transmission à titre universel du patrimoine de la société scindée (*op. cit.*, p. 764, n° 1824). V. *infra* n° 257 et s.

⁷⁷² C. com., art. L. 236-2, al. 2.

Adde BERTREL (J.-P.), JEANTIN (M.), *Acquisitions et fusions des sociétés commerciales*, Litec, 2^{ème} éd., 1991, p. 397, n° 934 ; JEANTIN (M.), « Clauses d'agrément et fusion de sociétés commerciales », *Dr. sociétés* 1988, p. 2.

a. Les éléments du problème.

202. La mention légale ou statutaire du terme « cession » inclut-elle la dévolution patrimoniale ? L'enjeu est ici le même que lors d'une prise de contrôle indirecte, c'est-à-dire, s'exerçant via une société associée⁷⁷³. Les deux hypothèses se différencient néanmoins techniquement. Précédemment, l'actionnaire ne changeait pas d'identité en dépit de son changement de contrôle. En revanche, cela sera le cas s'il est absorbé ou scindé à la suite d'une fusion-absorption ou d'une scission, lesquelles entraîneront la transmission totale ou partielle de son patrimoine⁷⁷⁴ et, avec elles, le transfert des droits sociaux détenus dans une société tierce à l'opération. La situation se complique lorsque leur cession est subordonnée à l'agrément de cette dernière, qu'il soit d'origine statutaire ou légale⁷⁷⁵.

Dès lors, se pose la question de la détermination du champ d'application de l'agrément et, consécutivement, celle de son incidence sur l'opération de restructuration, si du moins, l'effectivité de la clause s'y référant expressément était admise⁷⁷⁶. À ce stade de la présente démonstration, cette dernière question sera délaissée pour seulement envisager celle de son assimilation à une cession⁷⁷⁷, à savoir si, en tant que fait générateur de l'agrément, ce mot inclut dans son champ d'application la dévolution patrimoniale, caractéristique de ces opérations sociétaires⁷⁷⁸.

⁷⁷³ V. *supra* n° 199.

⁷⁷⁴ C. civ., art. 1844-4 ; C. com., art. L. 236-3. Scission, partage après dissolution... Pour les définitions de ces opérations, v. *supra* n° 201.

⁷⁷⁵ Pour un agrément obligatoire en cas de cession : v. C. com., art. L. 221-15 (SNC). Pour un agrément facultatif en cas de cession à certains tiers, mais applicable en l'absence de stipulation statutaire contraire : v. C. civ., art. 1861 (société civile) ; C. com., art. L. 223-14 (SARL).

⁷⁷⁶ La possibilité de soumettre ces opérations à un agrément sera également étudiée ultérieurement, au stade de l'étude des transmissions de droits sociaux, v. *infra* n° 257 et s.

⁷⁷⁷ V. également à ce propos : COQUELET (M.-L.), *La transmission universelle du patrimoine en droit des sociétés*, thèse Paris X, 1994, p. 309, n° 479. L'auteur regrette que la jurisprudence n'ait pas « délimiter le domaine de l'agrément par référence aux solutions légales acquises en présence d'une mutation par décès. Ainsi, là où la transmission des droits sociaux à cause de mort ne peut être réalisée sans le consentement des associés, la transmission pour cause de dissolution sans liquidation serait *a fortiori* réglementée ou tout simplement interdite. Telle n'a pourtant pas été la voie empruntée par la Cour de cassation pour laquelle le domaine de l'agrément est avant tout défini négativement ».

⁷⁷⁸ Le principe de la dévolution patrimoniale de la société absorbée à la société absorbante a été consacré par la loi du 5 janvier 1988 (C. com., art. L. 236-3). La jurisprudence retenait déjà cette solution, rejetant ainsi l'analyse doctrinale selon laquelle la fusion était assimilable à un apport en nature (v. Cass. com., 12 février 1963, *Bull. civ.* 1963, III, n° 103, *D.* 1963, somm. 95 ; Cass. com., 7 mars 1972, *JCP* 1972, II, 17270, note (Y.) GUYON).

Adde JEANTIN (M.), « La transmission universelle du patrimoine d'une société », in *Les activités et les biens de l'entreprise, Mélanges offerts à Jean Derruppé*, Montchrestien, 1991, p. 287 ; ROUTIER (R.), *Les fusions de sociétés commerciales*, préf. G. J. Martin, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 1994. COQUELET (M.-L.), *La transmission universelle du patrimoine en droit des sociétés*, thèse Paris X, 1994.

b. La réponse jurisprudentielle.

À la question de savoir si, le mot « cession » emporte dans le champ d'application de l'agrément les opérations réalisant une transmission universelle de patrimoine, la Cour de cassation a répondu négativement en raison de la différence d'effets réalisés par ces actes juridiques.

203. Une interprétation stricte du terme « cession ». Rendu à propos de l'agrément légal d'une SARL⁷⁷⁹, un arrêt du 19 avril 1972 a initié ce courant jurisprudentiel. La Chambre commerciale de la Cour de cassation y énonça que : « [...] la transmission des parts est faite directement de la société ancienne à la société nouvelle par dévolution de patrimoine : elle ne peut donc pas être considérée comme une cession isolée faite à un tiers, et dès lors, ne doit pas être soumise aux formalités prévues pour de telles cessions »⁷⁸⁰.

En l'espèce, la dévolution patrimoniale était la conséquence d'un apport-scission, mais des arrêts ultérieurs ont confirmé cette solution pour la fusion d'une société civile⁷⁸¹ et celle d'une société anonyme⁷⁸². Bien que constitutive du droit positif, cette solution n'en est pas moins controversée.

204. La distinction controversée de la cession et de la dévolution patrimoniale. Pour déterminer l'opposabilité d'un agrément, la différenciation faite par les juges entre, les effets d'une opération de restructuration sociétaire et ceux d'une cession isolée, se justifie par plusieurs arguments. Ces derniers ont leurs partisans comme leurs opposants.

⁷⁷⁹ À propos des sources de l'agrément, v. *supra* n° 90 et s.

⁷⁸⁰ Cass. com., 19 avril 1972, Société nouvelle Cargo Maritime c/ Société Michaelides ; *Bull. civ.* 1972, IV, n° 115 ; *D.* 1972, jurispr. p. 538, note (D.) SCHMIDT ; *Gaz. Pal.* 1972, 2, p. 755, note (P.) DELAISI ; *RTD com.* 1972, p. 654, obs. (R.) HOUIN ; *Rev. sociétés* 1973, p. 105, note (J.) HÉMARD. La solution de cet arrêt était fondée sur l'article 22 de la loi du 7 mars 1925 mais elle est tout à fait transposable au regard du droit positif (C. com., art. L. 223-14).

⁷⁸¹ Cass. com., 12 février 2008, SCEA Domaine de Cabriac c/ SA Bernard Taillan France, *Bull. Joly Sociétés* 2009, p. 28, note (P.) LE CANNU ; *Dr. sociétés* avril 2008, n° 4, comm. (R.) MORTIER. Dans cette affaire, la clause litigieuse précisait que « les dispositions [...] relatives aux cessions à des personnes étrangères à la société sont applicables à tous les cas de cession ».

⁷⁸² CA Chambéry, 26 novembre 2002, Société Pernat Industrie c/ SA Banque de Vizille, *D.* 2003, p. 1216, note (B.) ESPESSON-VERGEAT, lequel énonçait « que la transmission universelle du patrimoine ne peut être réduite à un ensemble de cessions réalisées à titre isolé, s'agissant d'une opération globale » ; Cass. com., 6 mai 2003, (deux arrêts), n° 01-12.567, Société Sanofi Synthélabo c/ Société Laboratoires Yves Rocher, et n° 01-30.172, Société Financière des laboratoires Yves Rocher c/ Société Sanofi Synthélabo, *Bull. civ.* 2003, IV, n° 70, p. 79 ; *Bull. Joly Sociétés* 2003, p. 742, chron. (A.) CONSTANTIN ; *JCP E* 2003, p. 1335, obs. (J.-J.) CAUSSAIN, (F.) DEBOISSY, (G.) WICKER ; *JCP E* 2003, p. 1485, note (D.) COHEN ; *Dr. et patrimoine* octobre 2003, n° 119, p. 36, obs. (J.-P.) BERTREL ; *JCP G* 2003, p. 2046, note (B.) THULLIER ; Cass. com., 15 mai 2007, n° 06-13.484, Société Eurofog c/ SAS Ixsea, *Bull. Joly Sociétés* 2007, p. 1075, note (M.) MENJUCQ ; Cass. com., 11 décembre 2007, *Bull. civ.* IV, n° 174 ; *RJDA* 4/08, n° 429.

Comp. Cass. com., 3 juin 1986, Groupement aptésien de la cerise industrielle Aptunion c/ société Clerici et compagnie, *D.* 1987, p. 95, note (J.-J.) DAIGRE. *Adde* JEANTIN (M.), « Clauses d'agrément et fusion des sociétés commerciales », *Dr. sociétés* 1988, p. 2. La portée de cet arrêt était discutée. Dans cette affaire, les juges du fond avaient admis la validité de l'application d'une clause d'agrément dont le texte était rédigé ainsi : « Par cession, il faut entendre tout acte ayant pour objet ou pour effet la mutation entre vifs de la propriété des actions ». Cette interprétation ne fut pas rejetée par les Hauts magistrats au motif « [...] que l'opération de fusion ne figure pas expressément au nombre des actes pour lesquels la clause d'agrément est interdite [...] ».

204-1. Les arguments favorables à l'interprétation littérale du mot « cession ». Aucune décision de justice n'a jamais accepté l'applicabilité aux opérations de restructuration d'un agrément ne visant que les cessions⁷⁸³, qu'il soit d'origine légale ou conventionnelle. Cette position ferme des juges du fond est approuvée par la Haute juridiction⁷⁸⁴ pour, semble-t-il, trois principaux motifs.

- D'une part, pour une raison technique propre à ces opérations sociétaires. La fusion et la scission entraînent une transmission universelle du patrimoine de la société associée⁷⁸⁵, tandis que la cession n'opère qu'un transfert isolé de la propriété des droits sociaux⁷⁸⁶. Dès lors, à l'instar d'une dévolution successorale, ces opérations ne peuvent être soumises aux formalités des cessions, que ce soit celles de l'article 1690 du Code civil⁷⁸⁷ ou à un agrément⁷⁸⁸, sauf si le champ d'application de ce dernier les vise expressément. En effet, comme l'ayant droit d'une personne décédée, la société absorbante est substituée de plein droit, et sans novation, dans les droits et obligations de la société dissoute⁷⁸⁹. En ce sens, la motivation de l'arrêt du 19 avril 1972 susvisé est particulièrement explicite lorsqu'il indique que : « [...] la dissolution de la société ancienne a été

⁷⁸³ Pour l'exposé de ces décisions, v. *infra* n° 263 et s. L'arrêt de la Cour de Nîmes du 28 novembre 1984, ayant donné lieu à l'arrêt rendu par la Chambre commerciale, le 3 juin 1986, précité, est considéré dans certains commentaires de la doctrine comme ayant assimilé le mot « cession » à une transmission (v. par exemple URBAIN-PARLEANI (I.), « La fusion-absorption à l'épreuve des clauses d'agrément. Le cas particulier de la transmission des droits sociaux dans le capital d'une société tierce », in *Aspects actuels du droit des affaires : mélanges en l'honneur d'Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p. 1061, *spéc.* p. 1070). Cependant, cette interprétation semble erronée car cette conception large n'a été admise qu'en raison de la définition donnée par la clause du terme *cession* comme incluant les transmissions (« par cession, il faut entendre tout acte ayant pour objet ou pour effet la mutation entre vifs de la propriété des actions »).

⁷⁸⁴ À propos de l'affaire Yves Rocher (Cass. com., 6 mai 2003, pourvoi n° 01-12.567), elle indique que la clause litigieuse « ne pouvait recevoir une interprétation extensive » (v. *infra* n° 204-2).

⁷⁸⁵ C. com., art. L. 236-3 : « la fusion ou la scission entraîne la dissolution sans liquidation des sociétés qui disparaissent et la transmission universelle de leur patrimoine aux sociétés bénéficiaires, dans l'état où il se trouve à la date de réalisation définitive de l'opération ».

⁷⁸⁶ V. particulièrement en ce sens : Cass. com., 19 avril 1972, Société nouvelle Cargo Maritime c/ Société Michaelides, *préc.* ; Cass. com., 12 février 2008, SCEA Domaine de Cabriac c/ SA Bernard Taillan France, *préc.*, « [...] la transmission des parts par voie de fusion-absorption de sociétés dont le mécanisme est différent de la cession ». Pour plus de précisions sur ces opérations, v. notamment : JEANTIN (M.), « La transmission universelle du patrimoine d'une société », in *Les activités et les biens de l'entreprise, Mélanges offerts à Jean Derruppé*, Montchrestien, 1991, p. 287 ; COQUELET (M.-L.), *La transmission universelle du patrimoine en droit des sociétés*, thèse Paris X, 1994 ; BARRET (O.), « À propos de la transmission universelle de patrimoine d'une société ; prospectives du droit économique », in *Dialogues avec Michel Jeantin, Prospectives du droit économique*, Dalloz, 1999, p. 109. *Comp.* la distinction de la fusion et de l'apport en société : Cass. com., 9 novembre 2010, n° 09-70.726, FS-P+B, SA Beauté esthétique c/ SARL Detraz et Cie-Les Menaux, *Dr. sociétés* 2011, comm. 1, note (M.-L.) COQUELET ; *Bull. Joly Sociétés* 2011, p. 122, note (P.) LE CANNU.

⁷⁸⁷ Cass. 1^{ère} civ., 7 mars 1972, *RTD com.* 1972, p. 655, obs. (R.) HOUIN ; *JCP G* 1972, II, 17270, note (Y.) GUYON selon qui : « c'est donc le caractère universel de la transmission consécutive à une fusion qui fait écarter l'article 1690 du Code civil. La solution est la même qu'en cas de dévolution successorale où tout le monde est aujourd'hui d'accord pour exclure l'article 1690 du Code civil [...] ».

⁷⁸⁸ Cass. com., 19 avril 1972, Société nouvelle Cargo Maritime c/ Société Michaelides, *préc.*

⁷⁸⁹ L'ancien article 1122 du Code civil disposait en ce sens : « On est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers et ayants cause, à moins que le contraire ne soit exprimé ou ne résulte de la nature de la convention ». Pour l'analogie de ces opérations sociétaires avec la transmission successorale, v. COQUELET (M.-L.), *thèse préc.*, p. 312, n° 484 et p. 328, n° 505. Également : URBAIN-PARLEANI (I.), « La fusion-absorption à l'épreuve des clauses d'agrément. Le cas particulier de la transmission des droits sociaux dans le capital d'une société tierce », in *Aspects actuels du droit des affaires : mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p. 1061, *spéc.* p. 1066, citant BOLZE (Ch.), note sous Cass. com., 5 mars 1991, et 5 février 1991, *Rev. sociétés* 1991, p. 549, n° 7 : un effet « quasi-successoral ».

suivie d'un partage réalisé sous forme de scission qui a rendu la société nouvelle **successeur** aux biens de la première »⁷⁹⁰.

- D'autre part, l'inapplicabilité d'un agrément ne visant que les cessions se justifie par la différence de régime de son refus en cas de transmission. En effet, lorsqu'elle existe⁷⁹¹, l'obligation légale de rachat alors applicable se heurte à un obstacle insurmontable : celui de la disparition de la société absorbée ou scindée. Là encore, la jurisprudence analyse cette situation par analogie avec celle d'une transmission successorale et transpose la solution applicable à l'héritier refusé⁷⁹².

- Enfin, une troisième et dernière justification réside dans l'économie de la loi du 24 juillet 1966. Des débats parlementaires, il résulte une volonté claire du législateur de distinguer les cessions des transmissions⁷⁹³. Or, cet argument peine à convaincre car, en dépit de son souhait de tout prévoir⁷⁹⁴, le législateur n'a pas envisagé précisément cette hypothèse. Et pour cause, le dispositif de l'agrément a été conçu exclusivement à l'égard des personnes physiques⁷⁹⁵. Dès lors, l'intention des parties ne devrait-elle pas primer cette carence des textes, au nom du principe de la liberté contractuelle ? Une réponse positive est soutenue par les opposants à cette interprétation stricte du mot « cession », qu'il soit mentionné dans la loi ou dans les statuts.

204-2. Les arguments défavorables à l'interprétation littérale du mot « cession ».
L'interprétation faite par les juges du fond du champ d'application d'une clause d'agrément est parfois incertaine⁷⁹⁶. Cette insécurité juridique est d'autant plus forte qu'elle risque de s'opposer à

⁷⁹⁰ Nous le soulignons. Pour une critique de l'utilisation de l'expression « successeurs aux biens », v. COQUELET (M.-L.), *thèse préc.*, p. 310-311, n° 484. V. également à ce propos les commentaires de GUYON (Y.), note sous Cass. 1^{ère} civ., 7 mars 1972, *note préc.*, qui remarquait : « En cas de transmission universelle ou à titre universel, le créancier originaire se survit dans la personne de l'héritier ou de la société absorbante. Il y a donc une continuité, malgré le changement de titulaire ».

À rappr. CA Chambéry, 26 novembre 2002, Société Pernat Industrie c/ SA Banque de Vizille, *D.* 2003, p. 1216, note (B.) ESPESSON-VERGEAT, « Attendu que la fusion ou la scission entraîne la transmission universelle du patrimoine des sociétés apportées aux sociétés bénéficiaires dans l'état où il se trouve à la date de réalisation définitive de l'opération ; qu'ainsi les titres détenus par la société absorbée sont dévolus de plein droit à la société absorbante, ce qui dispense celle-ci de se faire agréer en qualité d'associé d'une société dont les parts figuraient dans le patrimoine transmis par la société qui a disparu [...] ».

Adde WAREMBOURG-AUQUE (F.), *La succession aux biens d'une personne morale de droit privé – contribution à l'étude de la personnalité morale*, thèse Lille II, 1977, p. 77.

⁷⁹¹ Elle existe seulement pour la SARL, la SA et la société civile (v. *infra* n° 465 et s.).

⁷⁹² Pour l'issue choisie par la jurisprudence en cas de fusion réalisée sans notification préalable, v. *infra* n° 578.

Adde URBAIN-PARLEANI (I.), *art. préc., spéc.* p. 1073.

⁷⁹³ V. par exemple les propos rapportés par : BARDY (F.), « Les restrictions statutaires à la libre cessibilité des actions », *Gaz. Pal.* 1967, p. 65, n° V.

⁷⁹⁴ V. en ce sens, les débats parlementaires rapportés par : HAMIAUT (M.), *La réforme des sociétés commerciales*, vol. 1, Dalloz, 1966, p. 260.

⁷⁹⁵ V. aussi : COQUELET (M.-L.), *La transmission universelle du patrimoine en droit des sociétés*, thèse Paris X, 1994, p. 308, n° 478.

⁷⁹⁶ V. pour des exemples sur ce risque d'aléa : *infra* n° 264 et s.

l'intention des parties ayant présidé la stipulation de la clause⁷⁹⁷. Deux arrêts rendus dans l'affaire Yves Rocher illustrent parfaitement ce paradoxe⁷⁹⁸.

Connu pour son caractère familial, le groupe Yves Rocher était lié de longue date à la société Sanofi, laquelle détenait des participations dans la société-mère du groupe, la SA Financière des Laboratoires de Cosmétologie Yves Rocher (contrôlée à plus de 60 % par Monsieur Yves Rocher et sa famille), ainsi que dans sa filiale, la SA Laboratoires de Biologie Végétale Yves Rocher (contrôlée par la société-mère à plus de 51 %). Or, la société-mère de Sanofi décida de fusionner sa filiale pharmaceutique avec celle de L'Oréal, la société Synthélabo, ce qui aboutit à la création d'une nouvelle société, la société Sanofi-Synthélabo. Toutefois, à défaut d'accord préalable de sortie de la société Sanofi du groupe Yves Rocher, les participations détenues par l'ancien actionnaire tombèrent dans le patrimoine de la société nouvellement créée. Les sociétés du groupe Yves Rocher, auxquelles s'imposait un nouvel associé, qui plus est, contrôlé en partie par un concurrent (le groupe L'Oréal), estimèrent que cette mutation avait été faite en violation de leurs clauses d'agrément. Elles décidèrent, par conséquent, d'ester en justice.

En première instance, par deux décisions du 7 avril 2000, le Tribunal de commerce de Vannes jugea que le transfert des actions résultant d'une fusion n'entraînait pas dans le champ d'application des clauses d'agrément litigieuses, faute pour celles-ci de mentionner expressément le terme « fusion ». En effet, ces clauses mentionnaient respectivement les mots « cession » dans les statuts de la société-mère et « transmission » dans ceux de la filiale.

Un appel fut interjeté à leur encontre. Par deux arrêts du 10 janvier 2001, la Cour d'appel de Rennes confirma le rejet de l'application de la clause d'agrément ne visant que la cession, mais elle infirma néanmoins celui de la clause ayant pour champ d'application la « transmission »⁷⁹⁹.

Saisie du contrôle de la licéité de la motivation de chacun de ces arrêts, la Cour de cassation rejeta les deux pourvois sur le fondement d'une interprétation souveraine des clauses litigieuses par les juges du fond⁸⁰⁰.

Ces solutions ont soulevé l'inquiétude⁸⁰¹. Elles ont même été qualifiées d'absurdes puisque « favorable[s] à l'application de la clause d'agrément relativement aux actions de la société Laboratoires

⁷⁹⁷ Conformément à la directive d'interprétation des conventions de l'article 1188 du Code civil.

⁷⁹⁸ Cass. com., 6 mai 2003, (2 arrêts), n° 01-12.567, Société Sanofi-Synthélabo c/ Société Laboratoires Yves Rocher, et n° 01-30.172, Société Financière des laboratoires Yves Rocher c/ Société Sanofi-Synthélabo.

⁷⁹⁹ CA Rennes, 10 janvier 2001, n° 00/02609, rectifié le 18 avril 2001, Société Sanofi-Synthélabo c/ Société Laboratoires Yves Rocher.

⁸⁰⁰ « [...] c'est par une appréciation souveraine du sens et de la portée de l'article 13 des statuts de la société Laboratoires Yves Rocher que la Cour d'appel a, par motifs propres et adoptés, retenu [...] » (pourvoi n° 01-12.567) ; « Mais attendu que c'est par une appréciation souveraine du sens et de la portée de l'article 13 des statuts de la société Financière Yves Rocher, dont les termes n'étaient ni clairs, ni précis [...] » (pourvoi n° 01-30.172).

Yves Rocher, mais défavorable[s] s'agissant des actions de la société-mère la Financière Yves Rocher »⁸⁰². À l'instar du professeur Constantin, il est possible de se demander : « [Comment] les juges du fond ont-ils pu vraiment croire que les associés de ces sociétés, qui sont les mêmes dans l'une et l'autre, ont voulu une protection très étendue dans la société opérationnelle (Laboratoires Yves Rocher), et plus faible dans la holding (Financière Yves Rocher, dans laquelle pourtant, en principe, réside le pouvoir sur l'ensemble des sociétés du groupe) ? »⁸⁰³

Des propositions doctrinales ont été faites pour pallier l'imprévisibilité de cette interprétation jurisprudentielle. Pour certains, il serait opportun que le juge, ou même le législateur, exige une stipulation expresse des opérations de restructuration dans le champ des clauses d'agrément⁸⁰⁴. Pour d'autres, bien que cette proposition supprimerait tout arbitraire, une solution plus pragmatique serait tout aussi efficace. En effet, les statuts reprennent souvent les termes de la loi, à partir desquels ils énumèrent une liste de faits générateurs de la procédure d'agrément, à l'exception, donc, des opérations de fusion ou de scission⁸⁰⁵. Le remède consisterait alors à appréhender largement le terme « cession », ou toute autre expression se référant au transfert des droits sociaux⁸⁰⁶. Cette solution présenterait trois avantages⁸⁰⁷.

- D'une part, les sociétés ne seraient pas obligées de modifier leurs statuts.

- D'autre part, cette interprétation respecterait l'intention des associés puisqu'en insérant une clause d'agrément, ils ont nécessairement entendu se prémunir contre toute intrusion, quels qu'en soient les moyens juridiques. En outre, elle permettrait d'anticiper les incertitudes pesant sur certaines opérations n'ayant pas fait l'objet d'analyses jurisprudentielles⁸⁰⁸.

⁸⁰¹ ESPESSON-VERGEAT (B.), note sous Cass. com., 6 mai 2003, (2 arrêts), n° 01-12.567, Société-Sanofi Synthélabo c/ Société Laboratoires Yves Rocher, et n° 01-30.172, Société Financière des laboratoires Yves Rocher c/ Société Sanofi-Synthélabo, *LPA* 2004, n° 6, p. 15.

⁸⁰² CONSTANTIN (A.), « L'application des clauses d'agrément en cas de fusion ou scission : le poids des mots, le choc des principes », *Bull. Joly Sociétés* 2003, p. 742, *spéc.* n° 17.

⁸⁰³ *Ibid.*

⁸⁰⁴ LIENHARD (A.), note sous Cass. com., 6 mai 2003, (2 arrêts), n° 01-12.567, Société Sanofi-Synthélabo c/ Société Laboratoires Yves Rocher, et n° 01-30.172, Société Financière des laboratoires Yves Rocher c/ Société Sanofi-Synthélabo, *D.* 2003, p. 1440 ; ESPESSON-VERGEAT (B.), note précitée.

⁸⁰⁵ V. à propos de la rédaction des statuts en général : LE CANNU (P.), DONDERO (B.), *Droit des sociétés*, Montchrestien, 6^{ème} éd., 2015, p. 217, n° 329.

⁸⁰⁶ LE CANNU (P.), DONDERO (B.), *op. cit.*, p. 1024, n° 1641 ; URBAIN-PARLEANI (I.), « La fusion-absorption à l'épreuve des clauses d'agrément », in *Aspects actuels du droit des affaires : mélanges en l'honneur d'Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p. 1061, *spéc.* p. 1070 ; COQUELET (M.-L.), *La transmission universelle du patrimoine en droit des sociétés*, thèse Paris X, 1994, p. 315, n° 488.

⁸⁰⁷ En ce sens, v. CONSTANTIN (A.), *art. préc.*, *spéc.* n° 18.

⁸⁰⁸ Pour ces opérations, v. *infra* n° 225.

- Enfin, la jurisprudence serait unifiée car, pour d'autres faits générateurs de l'agrément, les tribunaux ont une compréhension large du mot « cession »⁸⁰⁹.

En dépit de ses avantages, cette opinion n'a pas été adoptée par la Cour de cassation. Elle lui a préféré l'idée doctrinale selon laquelle les statuts doivent viser expressément ces opérations⁸¹⁰. Ce point de vue laisse l'observateur perplexe. Quelle logique domine le raisonnement de la Haute juridiction pour refuser dans un cas l'assimilation d'une transmission à une cession, et l'admettre dans d'autres ? En créant ces ambiguïtés, ne cherche-t-elle pas à inciter le législateur à élargir le champ d'application de l'agrément⁸¹¹ ?

II. De quelques extensions de la cession de droits sociaux.

205. Plan. Certaines opérations juridiques sont certes exclues du champ d'application d'une cession⁸¹², mais d'autres lui sont néanmoins assimilées⁸¹³, tantôt par la loi (A), tantôt par les statuts, selon la liberté dont ils disposent et, indirectement par ce biais, par la jurisprudence lorsqu'elle admet l'efficacité de la clause ainsi stipulée. Mais parfois, elle accepte également une définition étendue du mot « cession », sans le support d'une clause statutaire. *Quid* des opérations n'ayant pas été soumises à son analyse (B) ? Se pose alors, plus généralement, la question de savoir pourquoi un fait générateur est admis dans le champ de cette extension plutôt qu'un autre ? La résolution de cette question oblige l'observateur à adopter une analyse casuistique.

A. La définition étendue de la cession de droits sociaux par la loi.

206. Plan. L'absence de définition légale d'une « cession » n'empêche pas le législateur de lui assimiler diverses opérations juridiques courantes. Celles-ci présentent-elles des caractéristiques particulières pour être expressément mentionnées dans un texte ? À première vue, ces opérations se distinguent par leurs effets temporels vis-à-vis de la société, définitifs (1) ou temporaires (2).

⁸⁰⁹ Pour les autres cas, v. *supra* n° 216.

⁸¹⁰ V. *infra* n° 265.

⁸¹¹ Pour une proposition en ce sens, v. *infra* n° 269 et s.

⁸¹² V. *supra* n° 194 et s.

⁸¹³ Une assimilation à la même définition qu'une fiction juridique laquelle peut être définie comme « l'altération d'un ou plusieurs concepts juridiques par la méconnaissance soit des conditions logiques, soit des effets logiques de leur application » (WICKER (G.), *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, préf. J. Amiel - Domat, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, t. 253, 1997, p. 5, n° 2-2).

1. Les techniques ayant un effet définitif, légalement assimilées à la cession de droits sociaux.

207. Plan. Les textes énumèrent trois techniques juridiques que sont le nantissement de droits sociaux (a), le droit de revendication de l'époux commun en biens (b) et, enfin, la souscription de droits sociaux (c).

a. Le nantissement de droits sociaux.

Ce dispositif nécessite d'être présenté, avant de constater une lacune propre à la société en nom collectif et la société en commandite simple.

208. La présentation du dispositif légal. Lorsqu'un associé donne en garantie ses droits sociaux, un dispositif spécial est organisé par la loi pour quelques formes sociales. Celui-ci a pour objectif d'anticiper l'entrée dans la société du créancier nanti, une fois le risque garanti réalisé. À cette fin, certaines règles procédurales sont aménagées, telles que la date de la notification de la demande d'agrément, ou encore, la faculté pour la société ou les associés d'être substitués à l'adjudicataire, car son identité n'est pas toujours connue au moment de la notification⁸¹⁴.

Outre ces spécificités, ces textes opèrent un renvoi aux règles applicables en cas de cession de droits sociaux, assimilant ainsi largement le projet de nantissement à un projet de cession⁸¹⁵, et cela, alors même que le caractère volontaire ou forcé de l'opération les différencie. Cette assimilation doit néanmoins être approuvée en raison de l'effet identique réalisé par ces deux opérations juridiques : celui d'un transfert isolé de droits sociaux.

209. Les sociétés sans dispositif légal : la SNC et la SCS. La loi n'organise pas le régime du nantissement des parts de ces deux sociétés. Cela signifie-t-il que sa réalisation leur soit impossible ? Précédemment, il a été observé que les parts de SNC n'étaient pas incessibles⁸¹⁶. Pourquoi cette exclusion ? Celle-ci semble d'autant plus injustifiée que ces parts peuvent avoir une valeur importante.

⁸¹⁴ V. *infra* n° 327.

⁸¹⁵ Pour la société civile, l'alinéa premier de l'article 1867 du Code civil assimile sans ambiguïté le nantissement à une cession en indiquant que : « [...] tout associé peut obtenir des autres associés leur consentement à un projet de nantissement dans les mêmes conditions que leur agrément à une cession de parts ».

Cette assimilation se retrouve également pour les sociétés par actions et la société à responsabilité limitée (SARL). L'article L. 228-26 du Code de commerce ayant trait aux sociétés par actions renvoie au régime de l'agrément des cessions d'actions. Cela suggère que, dans le cadre de la procédure d'agrément, la loi assimile le nantissement des actions à leur cession. Il en est de même de l'article L. 223-15 du même Code relatif au nantissement des parts d'une SARL, lequel renvoie au régime de l'agrément en cas de cession de parts sociales.

⁸¹⁶ V. *infra* n° 93, n° 105, n° 113.

En l'absence d'interdictions légales, certains praticiens comblent ces lacunes textuelles par la transposition du régime d'autres sociétés, notamment celui de la société civile⁸¹⁷ ou de la SARL⁸¹⁸. La licéité de ces assimilations est néanmoins douteuse, que ce soit en raison du silence de la loi, ou d'une jurisprudence ayant tendance à interpréter littéralement les textes en la matière⁸¹⁹. Un autre risque d'illicéité pèse sur les aménagements conventionnels faits à l'égard de la revendication de la qualité d'associé, par le conjoint commun en biens.

b. Le droit de revendication du conjoint commun en biens d'un associé.

210. L'exercice d'un droit légal plutôt qu'un transfert des droits sociaux. L'article 1832-2 du Code civil régit le droit de revendiquer la qualité d'associé, par l'époux commun en biens, d'un acquéreur ou d'un souscripteur de parts sociales, pour la moitié de ces dernières. Or, la confrontation de son exercice avec l'agrément révèle une spécificité au regard de son fait générateur, lequel pourrait être qualifié de fiction⁸²⁰. Dans cette hypothèse, la procédure d'agrément est requise non pas en raison de l'acquisition des droits sociaux, mais par la seule manifestation de volonté du conjoint. Cette précision légale est toutefois bienvenue car, techniquement, cet acte unilatéral n'a pas l'effet translatif d'une cession. En outre, ce texte est une consécration, en droit des sociétés, de l'article 1424 du Code civil, lequel inclut parmi les biens communs soumis à cogestion, les parts sociales acquises avec des fonds communs. Il rend ainsi opposable à la société cette situation juridique⁸²¹.

Mais tant que le conjoint n'exerce pas cette revendication, et sous réserve d'être agréé, la qualité d'associé ne lui sera néanmoins pas reconnue⁸²². Comment alors analyser les parts ainsi acquises ? En vertu d'une jurisprudence bien établie, la distinction du titre et de la finance leur est

⁸¹⁷ LE CANNU (P.), DONDERO (B.), *Droit des sociétés*, Montchrestien, 6^{ème} éd., 2015, p. 888, n° 1402. Les auteurs remarquent que la solution n'est pas assurée en raison du fait que les greffes ne sont pas disposés à publier des actes non prévus par les articles R. 123-31 et suivants du Code de commerce.

⁸¹⁸ CHARVERIAT (A.), COURET (A.), ZABALA (B.), avec le concours de MERCADAL (B.), *Mémento pratique, Sociétés commerciales*, éd. Francis Lefebvre, 2012, p. 457-458, n° 34620 et n° 34640.

⁸¹⁹ V. en ce sens à propos de la définition stricte du mot « cession » : *supra* n° 194 et s.

Mais aussi à propos des règles procédurales de l'agrément ; *infra* n° 304.

⁸²⁰ Celle-ci se définissant comme « l'altération d'un ou plusieurs concepts juridiques par la méconnaissance soit des conditions logiques, soit des effets logiques de leur application » (WICKER (G.), *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, préf. J. Amiel-Domat, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, t. 253, 1997, p. 5, n° 2-2).

Pour une critique général de cette disposition, v. RABREAU (A.), « Plaidoyer pour la suppression de l'article 1832-2 du Code civil », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Germain*, LexisNexis, L.G.D.J., 2015, p. 697.

⁸²¹ Pour plus de précisions à ce propos, v. *infra* n° 279.

⁸²² Cass. 3^{ème} civ., 20 février 2002, n° 99-15.474, n° 345, FS-P+B, Époux Dubois c/ Syndicat des copropriétaires de la Résidence Bertrand Toga, *JurisData* n° 2002-013003 ; *JCP E* 2002, 766, note (Th.) BONNEAU.

applicable : seule leur valeur entre en communauté⁸²³. Mais si cette revendication est exercée, la rédaction du texte suscite quelques questions quant au champ d'application de la clause d'agrément.

211. En cas de revendication postérieurement à l'acquisition ou l'apport. S'agissant de l'hypothèse où l'intention est notifiée postérieurement à l'acquisition ou à l'apport, la loi dispose que « les clauses d'agrément prévues à cet effet par les statuts sont opposables au conjoint »⁸²⁴. La lecture de ce texte suggère une certaine ambiguïté. L'expression « à cet effet » concerne-t-elle les clauses visant toutes les opérations réalisées avec le conjoint, ou celles ayant uniquement pour objet l'hypothèse de l'article 1832-2 du Code civil ?

Afin de ne pas complexifier la compréhension de ce texte, une interprétation souple de la lettre de la clause serait souhaitable. L'objectif de l'agrément n'est pas tant de définir chaque opération par laquelle le conjoint est susceptible de devenir associé que d'éviter son entrée au sein de la société. En outre, cette souplesse aurait pour avantage de facilement se concilier avec les diverses sources de l'agrément, lesquelles sont variables en fonction de chaque type sociétaire⁸²⁵ et, parfois même, en fonction de différents faits générateurs telle une cession ou la liquidation d'un régime matrimonial⁸²⁶. Par exemple, les statuts de la société civile pour laquelle la loi institue certes un agrément légal, mais supplétif de volonté à l'égard des cessions faites au conjoint, ne seraient pas obligés de stipuler une clause visant expressément cette revendication.

En dépit de sa simplicité, cette opinion ne fut pas adoptée par le Parlement en 1982 : les dispositions légales et statutaires relatives à l'agrément des tiers, en cas de cession de parts sociales, ne sont pas applicables⁸²⁷. De la sorte, la jurisprudence interprète strictement la lettre des

⁸²³ V. Cass. 1^{ère} civ., 9 juillet 1991, *Gelada*, *Bull. civ.* 1991, I, n° 232, *Defrénois* 1991, 35152, obs. (P.) LE CANNU, *JCP G* 1992, I, 3614, obs. (Ph.) SIMLER ; récemment réaffirmé par : Cass. 1^{ère} civ., 4 juillet 2012, n° 11-13.384 (n° FS-PBI), *Bull. Joly Sociétés* 2012, p. 139, note (J.-F.) BARBIÈRI ; *ibid.*, p. 608, note (E.) NAUDIN ; *D.* 2012, p. 2493, note (V.) BARABÉ-BOUCHARD ; *Dr. sociétés* 2012, comm. 158, note (R.) MORTIER. *Adde* MORTIER (R.), « La qualité d'associé en régime de communauté », *Gaz. Pal.* 16 octobre 2012, p. 11. V. également, *infra* n° 279.

Comp. qualifiant les parts sociales de biens communs en nature et non en valeur : DERRUPPÉ (J.), « Droit des sociétés et régimes matrimoniaux », *JCP* 1971, I, 2403 ; RABREAU (A.), *art. préc., spéc.* n° 22 : « Or, quels obstacles y a-t-il à ce que les parts sociales entrent en nature dans la masse commune ? Aucun. En effet, l'*intuitus personae*, à supposer que ce critère soit pertinent, est une caractéristique différente de celle qui oblige les détenteurs de biens à être titulaires d'une qualification professionnelle pour exercer leur activité au sein de la structure sociale. On peut donc comprendre que, dans cette dernière hypothèse, l'entrée en communauté de la seule valeur du bien soit une réponse pertinente aux difficultés posées. »

⁸²⁴ C. civ., art. 1832-2, al. 3. Cet article précise que « lors de la délibération sur l'agrément, l'époux associé ne participe pas au vote et ses parts ne sont pas prises en compte pour le calcul du quorum et de la majorité ». Pour plus de précisions relatives aux modalités de vote, v. *infra* n° 362 et s.

Par ailleurs, la jurisprudence a précisé que la notification de la revendication était possible même au cours de procédure de divorce, et ce, jusqu'à ce que le jugement de divorce soit passé en force de chose jugée (Cass. com., 18 novembre 1997, n° 35 - 16.371, (n° 2313 P), *Flaunatti c/ Société technibat* ; confirmé par Cass. com., 14 mai 2013, n° 12-18.103, P., *SCI de La Lande c/ Baillet divorcée Fabbri*, *Dr. sociétés* 2013, n° 8-9, comm. 136, obs. (H.) HOVASSE)

⁸²⁵ V. *supra* n° 90 et s.

⁸²⁶ Pour l'assimilation de ces deux opérations par la jurisprudence, v. *infra* n° 222.

⁸²⁷ *JO* Sénat, 12 mai 1982, p. 1953.

clauses d'agrément visant le conjoint, mais pas toujours⁸²⁸. Une parade à cette insécurité consiste à recueillir, par écrit, la renonciation préalable du conjoint à son droit de revendication.

212. En cas de renonciation du conjoint au moment où le projet de l'opération lui est notifié. Cette pratique courante fut jugée licite par un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation rendu le 12 janvier 1993⁸²⁹ à condition, toutefois, que le conjoint ait renoncé « clairement et sans réserve à revendiquer la qualité d'associé, sans pouvoir revenir ultérieurement sur cette décision ».

Néanmoins, la portée de la renonciation est limitée car elle ne vaut pas pour les souscriptions ou les acquisitions ultérieures⁸³⁰ : il faudra à nouveau en aviser le conjoint⁸³¹. Cette renonciation n'empêchera pas non plus la réalisation ultérieure d'opérations entre époux aux termes desquelles seront attribuées au conjoint les parts sociales (partage de communauté⁸³², succession⁸³³, cession entre époux, etc.). Afin de maîtriser ces risques futurs, le champ d'application des clauses d'agrément nécessite de revêtir une portée maximale ; ce qui évite aussi de contraindre l'associé concerné à changer, en dernier recours, de régime matrimonial.

Dans la lignée de l'article 1832-2 du Code civil, se pose plus généralement la question de l'assimilation de la souscription de droits sociaux à une cession, en tant que fait générateur de l'agrément.

c. La souscription de droits sociaux.

213. Les textes mentionnant cette hypothèse. Seuls deux textes du droit des sociétés mentionnent la possibilité de soumettre la souscription de droits sociaux à l'agrément de la société⁸³⁴.

⁸²⁸ V. divers exemples, *infra* n° 217 et s.

Comp. refusant d'appliquer à l'acquisition de parts en vertu d'un avantage matrimonial, une clause d'agrément ne visant que la transmission de parts à la suite de la liquidation de communauté, CA Colmar, 1^{ère} ch. civ., sect. A, 8 octobre 2014, n° 12/04756, Metz épouse Girondel c/ Hartge, *Dr. sociétés* 2015, n° 1, comm. 4, obs. (H.) HOVASSE.

⁸²⁹ Cass. com., 12 janvier 1993, Gustin et Bernard c/ Force 7, *Rev. sociétés* 1994, p. 55, note (J.) HONORAT ; *JCP E* 1993, p. 497, note (H.) LE NABASQUE.

Adde pour la rédaction de ce document : MORIN (G.), « Formules d'application de la loi n° 82-596 du 10 juillet 1982 », *Deffrénois* 1983, art. 33154, formules n° 1 et n° 12.

⁸³⁰ HONORAT (J.), note sous Cass. com., 12 janvier 1993, Gustin et Bernard c/ Force 7, *Rev. sociétés* 1994, p. 55.

⁸³¹ CA Versailles, 12^{ème} ch., 14 octobre 1999, n° 97-9857, Kardouss c/ Collet.

⁸³² V. *infra* n° 245 et s.

⁸³³ V. *infra* n° 248 et s.

⁸³⁴ La souscription se définissant comme « l'acte juridique par lequel une personne s'engage à faire partie d'une société, en apportant une somme ou un bien en nature, d'un montant égal au nominal de ses titres » (GERMAIN (M.), avec le concours de MAGNIER (V.), *op. cit.*, *loc. cit.*).

- En premier lieu, l'article 1832-2 du Code civil concerne la souscription de parts sociales grâce à l'emploi de biens communs par un époux⁸³⁵.

- En second lieu, l'article L. 228-23 du Code de commerce ouvre la possibilité de soumettre, à un agrément statutaire, la « cession d'actions ou de valeurs mobilières donnant accès au capital, à quelque titre que ce soit ». La question se pose alors de savoir quel est le champ d'application de la formule « à quelque titre que ce soit ». En l'absence de précision statutaire, il serait logique d'y inclure les souscriptions d'actions et de valeurs mobilières, ainsi que leurs accessoires comme les droits préférentiels de souscription. En ce sens, l'alinéa 3 de l'article L. 225-132 dispose que ce droit « [...] est cessible dans les mêmes conditions que l'action elle-même »⁸³⁶. Cette règle n'est qu'une application de l'adage selon lequel « l'accessoire suit le principal »⁸³⁷. Au-delà de l'interprétation du champ d'application de ce texte, son admission de la souscription, en tant que fait générateur de l'agrément, peut-elle être *a fortiori* étendue à l'ensemble des sociétés ?

214. La règle à déduire de ces textes. La réponse à cette question est incertaine au regard de l'interprétation stricte de la lettre des textes par la jurisprudence⁸³⁸. Mais elle pourrait être positive pour deux raisons.

- D'une part, l'article L. 228-23 du Code de commerce est applicable à l'ensemble des sociétés par actions à défaut de dispositions spéciales contraires⁸³⁹.

⁸³⁵ V. *supra* n° 210.

⁸³⁶ Un droit préférentiel de souscription peut se définir comme « le droit, conféré à un associé, de souscrire par priorité (on dit souvent « à titre irréductible ») une augmentation en capital en numéraire de sa société, proportionnellement à sa participation actuelle dans le capital social » (MORTIER (R.), *Opérations sur capital social*, 2^{ème} éd., Litec, 2015, p. 216, n° 319).

Pour le régime légal de ces droits, v. C. com., art. L. 225-132 à L. 225-141.

Adde COURET (A.), *Le droit préférentiel de souscription de l'actionnaire*, thèse Toulouse 1, 1978.

⁸³⁷ C. com., art. L. 225-132, al. 3 : « Pendant la durée de la souscription, ce droit est négociable lorsqu'il est détaché d'actions elles-mêmes négociables. Dans le cas contraire, il est cessible dans les mêmes conditions que l'action elle-même ».

Également : GERMAIN (M.), avec le concours de MAGNIER (V.), *Traité de droit commercial de G. Ripert et R. Roblot, Les sociétés commerciales*, t. 1, vol. 2, L.G.D.J., coll. Traité, 21^{ème} éd., 2014, p. 680, n° 2520, se référant à CA Aix-en-Provence, 13 janvier 1977, *Rev. sociétés* 1977, p. 711 ; MORTIER (R.), *op. cit.*, p. 175, n° 320.

V. spécialement pour une maîtrise de l'attribution des droits préférentiels de souscription : C. com., art. L. 225-138, I. : « L'assemblée générale qui décide l'augmentation du capital peut la réserver à une ou plusieurs personnes nommément désignées ou catégories de personnes répondant à des caractéristiques déterminées. À cette fin, elle peut supprimer le droit préférentiel de souscription. Les personnes nommément désignées bénéficiaires de cette disposition ne peuvent prendre part au vote ».

⁸³⁸ V. *supra* n° 195 et s.

⁸³⁹ *Comp.* néanmoins pour la SAS la seule mention du terme cession relatif au champ d'application de la clause d'agrément (C. com., art. L. 227-14). Une interprétation stricte du texte voudrait que soit exclue l'assimilation d'une cession à une souscription. Pour plus de précisions sur ce point, v. *infra* n° 263 et s.

Il n'est toutefois pas certain que ce problème se pose en pratique car le régime de l'augmentation de capital est légalement organisé et impose, notamment, que l'assemblée générale extraordinaire autorise l'augmentation de capital. Par conséquent, celle-ci doit statuer en même temps sur la qualité des souscripteurs, futurs associés. Alors, en tant que décision sociale, l'agrément se révèle inutile car redondant avec l'autorisation précédente, d'autant plus que la loi organise à cet effet l'information des actionnaires (C. com., art. R. 225-114, al. 2, 2° : « Dans le cas prévu au I de l'article L. 225-138, le nom des attributaires des nouveaux titres de capital ou des nouvelles valeurs mobilières donnant accès au capital, ou les caractéristiques des catégories de personnes concernées, et le nombre de titres attribués à chaque personne ou catégorie de personnes ou les modalités d'attribution des titres »).

- Et, d'autre part, s'agissant des sociétés dont les droits sociaux sont des parts sociales, celles-ci sont toutes susceptibles d'être concernées par l'application de l'article 1832-2 du Code civil, lequel vise leur souscription. Cette opération n'est toutefois qu'indirectement le fait générateur de l'agrément : l'exercice de la revendication est plus directement celui-ci. Or, pourquoi ces sociétés ne pourraient-elles pas se préserver de l'entrée de tiers étrangers ou d'un renversement de pouvoir consécutif à une souscription ? Admettre le contraire reviendrait à contrarier la finalité de l'agrément⁸⁴⁰. Cette assimilation de la souscription à une cession de droits sociaux a d'ailleurs été consacrée par la jurisprudence⁸⁴¹ laquelle, à l'instar de la loi, admet comme fait générateur de l'agrément des techniques n'ayant qu'un effet temporaire vis-à-vis de la société.

2. Les techniques ayant un effet temporaire, légalement assimilées à la cession de droits sociaux.

215. La location et le crédit-bail d'actions ou de parts de SARL soumises à l'impôt sur les sociétés⁸⁴². Lorsqu'un agrément d'origine légale ou statutaire existe, l'article L. 239-3 du Code de commerce prévoit la possibilité de l'appliquer au locataire d'actions, ordinaires ou de préférence, ainsi qu'au locataire de parts sociales de SARL soumises à l'impôt sur les sociétés⁸⁴³. De la sorte, ce texte assimile la location de droits sociaux à une cession. Or, juridiquement, les effets de ces opérations diffèrent : l'une transfère la jouissance d'un droit, tandis que l'autre en transfère la propriété et, par conséquent, la qualité d'associé qui l'accompagne⁸⁴⁴. Elles ne devraient donc pas être assimilées faute pour le locataire d'acquérir la qualité d'associé. En effet, un des deux éléments permettant immanquablement d'établir cette qualité lui fait défaut :

⁸⁴⁰ En ce sens, v. MORTIER (R.), *Opérations sur capital social*, 2^{ème} éd., Litec, 2015, p. 174, n° 259.

⁸⁴¹ CA Paris, 15^{ème} ch., 19 mars 1982, *JurisData* n° 1982-021318 ; *RTD com.* 1982, p. 258, comm. (E.) ALFANDARI et (M.) JEANTIN. V. pour plus de précisions en droit prospectif : *infra* n° 277.

⁸⁴² La loi n° 2005-882 du 2 août 2005 dite loi « en faveur des petites et moyennes entreprises » consacre la location et le crédit-bail de droits sociaux sous certaines conditions restrictives . Celles-ci sont inscrites aux articles L. 239-1 à L. 239-5 du Code de commerce pour la location, et à l'article L. 313-7-4 du Code monétaire et financier pour le crédit-bail, lequel étend le crédit-bail aux « opérations de location de parts sociales ou d'actions prévues aux articles L. 239-1 à L. 239-5 du Code de commerce, assorties d'une promesse de vente moyennant un prix convenu tenant compte, au moins pour partie, des versements effectués à titre de loyers ».

Ces opérations sont également applicables aux professionnels salariés ou collaborateurs libéraux exerçant « sous forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé et aux sociétés de participations financières de professions libérales [...]» (C. com., art. L. 239-1, al. 5).

⁸⁴³ En dépit d'un champ d'application restreint du dispositif légal, certains auteurs considèrent que les parts sociales des sociétés non visées par le dispositif pourraient être louées sur le fondement du droit commun (C. civ., art. 1709). Il en serait de même pour les titres donnant accès au capital, les certificats d'investissement ou de droit de vote non mentionnés par les textes. Cette possibilité ne convainc pas d'autres auteurs qui considèrent cette restriction légale comme étant volontaire, le domaine du droit commun ne pouvant alors s'appliquer qu'aux parts de société civile (en ce sens, v. MORTIER (R.), MORTIER (A.), *J. Cl. Sociétés Traité*, fasc. 1798, v. « Location d'actions ou de parts sociales », 2007, n° 4 ; REYGROBELLET (A.), « Le crédit-bail portant sur les parts sociales d'une société civile immobilière », *Rev. sociétés* 2010, p. 419). Cette opinion semble devoir être approuvée. Le cas échéant, que vaudrait le dispositif spécial s'il était possible de le contourner sur le fondement du droit commun ?

⁸⁴⁴ À propos de la discussion relative à l'attribution de la qualité d'associé à l'usufruitier ou au nu-proprétaire, v. *infra* n° 231 et s.

« l'apport et la vocation à intervenir dans les affaires sociales »⁸⁴⁵. Or si le locataire dispose indiscutablement d'un droit à participer aux affaires sociales⁸⁴⁶, il n'est assurément pas apporteur. De cette constatation, il résulte que l'agrément n'a pas toujours vocation à autoriser l'entrée d'un nouvel associé, mais il est, plus généralement, un moyen de contrôler l'intervention des tiers au sein de la société⁸⁴⁷. La nécessité d'agréer le locataire semble d'autant plus justifiée que, par sa participation aux délibérations sociales, il est susceptible de troubler le fonctionnement sociétaire fondé sur l'*intuitu personae*. Ce risque est parfois pris en compte par la jurisprudence, pour justifier l'application d'une définition étendue de la cession de droits sociaux.

B. Les extensions possibles de la cession de droits sociaux.

216. Plan. À côté d'une interprétation stricte du terme « cession », une compréhension souple est aussi parfois adoptée par les juges du fond, laquelle ne fait l'objet que d'un contrôle minimal par la Cour de cassation. L'*intuitu personae*, dont la loi marque plus ou moins chaque société, sert à cet égard de guide supplémentaire d'interprétation⁸⁴⁸. De nombreuses opérations sont de la sorte assimilées à une cession (1), tandis que d'autres n'ont encore jamais été soumises à l'analyse jurisprudentielle (2).

1. Les opérations assimilées par la jurisprudence à la cession de droits sociaux.

217. Plan. La jurisprudence conçoit tantôt strictement le mot « cession »⁸⁴⁹, tantôt lui assimile certaines opérations juridiques. Cette discordance se justifie-t-elle pour autant ? Cette assimilation réalise-t-elle seulement une extension du champ d'application de la loi, lorsque celle-ci consacre ponctuellement un fait générateur ? Ou est-elle, au contraire, indépendante de la loi ? L'analyse de

⁸⁴⁵ VIANDIER (A.), *La notion d'associé*, préf. F. Terré, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, t. 156, 1978, p. 151, n° 152.

⁸⁴⁶ C. com., art. L. 239-2 et L. 239-3.

⁸⁴⁷ *Comp.* la réflexion de Madame le Professeur Malecki selon laquelle : « Si le but du dispositif est respecté, il pourrait conduire à la reconnaissance de la qualité d'associé au locataire des droits sociaux, même si cette proposition est osée. En effet, une telle reconnaissance est orchestrée : il est agréé [C. com., art. 239-3, al. 1^{er}] donc accueilli par les associés, il est annoncé à renfort de publicité [C. com., art. L. 239-2], il est informé comme les autres associés [C. com., art. L. 239-2, al. 3], son droit de vote et ses autres droits sont organisés [C. com., art. L. 239-3, al. 2 et L. 239-2, al. 3] » (MALECKI (C.), « La loi du 2 août 2005 en faveur des PME et les bons offices de la location d'actions de parts sociales », *D.* 2005, p. 2382, *spéc.* n° 31).

⁸⁴⁸ C. civ., art. 1188 et suivants. *Adde* ANDREU (L.), THOMASSIN (N.), *Cours de droit des obligations*, Gualino, 2^{ème} éd., 2017, p. 246, n° 633 ; LARROUMET (Ch.), BROS (S.), *Droit civil, Les obligations, Le contrat*, t. 3, Economica, 8^{ème} éd., 2016, p. 110, n° 129.

⁸⁴⁹ V. *supra* n° 198 et s.

ces faits générateurs nécessitera de distinguer selon leur un effet vis-à-vis de la société, définitif (a) ou temporaire (b), autrement dit, selon leur influence sur la titularité de la qualité d'associé⁸⁵⁰.

a. Les techniques ayant un effet définitif, assimilées par la jurisprudence à la cession de droits sociaux.

218. Plan. Plusieurs opérations ayant une nature ou des effets différents ont été assimilées à une cession par la jurisprudence : l'apport de droits sociaux à une société tierce (α), le partage d'une société associée (β), la liquidation de communauté de biens entre époux (γ) et, enfin, le plan de cession adopté dans le cadre d'une procédure collective (δ).

a. L'apport de droits sociaux à une société tierce.

219. Cass. com., 21 janvier 1970, n° 68-11.085, Société Cassegrain c/ Garnier. Par cet arrêt, la Haute juridiction a censuré la décision des juges du fond ayant refusé d'appliquer une clause d'agrément aux apports faits par les actionnaires de leurs titres. Selon elle, le texte de la clause avait une large portée puisqu'il soumettait « sans distinction à l'agrément du conseil d'administration toutes cessions d'actions à titre gratuit ou onéreux, à d'autres qu'à ces actionnaires »⁸⁵¹. Contraire à l'opinion classique selon laquelle un apport en société ne peut être assimilé à une vente⁸⁵², cette position doit pourtant être approuvée.

Si l'apport en société se définit comme « l'opération synallagmatique, à titre onéreux, par laquelle une personne apporte un bien à une société qui, en contrepartie, émet à son profit des droits sociaux lui

⁸⁵⁰ V. à propos de la location et du crédit-bail de droits sociaux, *infra* n° 215.

⁸⁵¹ À propos d'une SA : Cass. com., 21 janvier 1970, n° 68-11.085, Société Cassegrain c/ Garnier, *Bull.* 1970, n° 28, p. 28, *JCP G* 1970, II, 16541, note (B.) OPPEIT. Dans cet arrêt, la société Saupiquet avait proposé aux actionnaires de la société Cassegrain de lui faire un apport de leurs actions contre l'émission d'actions par augmentation de son capital.

Comp. à propos d'une clause de préemption : Cass. com., 15 décembre 2009, n° 08-21.037, «[...] l'arrêt retient que l'apport effectué par les consorts X... s'analyse en une opération juridique par laquelle ces derniers avaient transféré des éléments de leur patrimoine personnel à la société en cours de constitution et avaient reçu en contrepartie des titres sociaux pour une valeur globale correspondant aux actifs apportés ; qu'il en déduit que cet apport, ayant eu pour résultat le transfert à titre onéreux par les consorts X... des titres qu'ils détenaient dans la société Hôtel Le Faisan au profit de la société, constituée, au sens de la clause de préemption ».

Adde à propos d'un apport soumis à un agrément conditionnel : Cass. com., 17 janvier 2012, Santraille c/ Robinson participations, n° 09-17.212, FS-P+B, *D.* 2012, p. 279, obs. (A.) LIENHARD ; *D.* 2012, p. 719, note (J.) MOURY ; *D.* 2012, p. 2688, note (J.-Cl.) HALLOUIN ; *Rev. sociétés* 2012, p. 370, note (P.) LE CANNU ; *RTD civ.* 2012, p. 312, obs. (B.) FAGES ; *RTD civ.* 2012, p. 334, obs. (P.-Y.) GAUTIER ; *RTD com.* 2012, p. 141, obs. (P.) LE CANNU et (B.) DONDERO ; *Dr. sociétés* 2012, n° 64, note (D.) GALLOIS-COCHET ; *Bull. Joly Sociétés* 2012, p. 310, note (B.) DONDERO ; *RLDA* 2012/69, n° 3899, note (I.) PARACHKEVOVA. Pour plus de précisions sur cet arrêt, v. *infra* n° 400 et s.

⁸⁵² Cass. com., 9 juin 2004, *JurisData* n° 2004-024036 ; *Bull. Joly Sociétés* 2004, p. 1405, note (J.-F.) BARBIÈRI.

Adde MORTIER (R.), *Opérations sur capital social*, 2^{ème} éd., 2015, p. 145, n° 216, citant le vieil adage erroné selon lequel « Apport en société vaut vente ».

conférant la qualité d'associé »⁸⁵³, cette définition ne vaut que pour la relation unissant l'apporteur à la société bénéficiaire de l'apport, et non celle de l'apporteur à la société dont les droits sociaux sont l'objet de l'apport. Dans cette dernière hypothèse, l'apport a le même effet qu'une cession entre vifs puisqu'il aboutit à faire entrer une tierce personne dans la société, cette personne étant précisément la société bénéficiaire de l'apport. Au regard de la finalité de l'agrément, qui est de contrôler l'entrée d'un tiers dans le capital social, il semble donc juste d'assimiler ces deux opérations juridiques⁸⁵⁴.

Cette décision est également remarquable au regard de la distance prise par les magistrats vis-à-vis de la lettre de la clause d'agrément, laquelle visait « toutes cessions d'actions ». Elle constitue ainsi un rare exemple où la jurisprudence privilégie l'intention des associés : celui de contrôler l'entrée d'un tiers, quels qu'en soient les moyens. En outre, ce fait générateur n'a aucune assise textuelle, contrairement à la souscription de droits sociaux.

β. La souscription à une augmentation de capital.

220. CA Paris, 15^{ème} ch., 19 mars 1982, (JurisData n° 1982-021318)⁸⁵⁵. Cette décision assimile la souscription de parts sociales à une cession comme fait générateur de l'agrément, en dépit de la différence de nature de ces deux opérations juridiques : la première crée des droits sociaux grâce à l'apport réalisé par le souscripteur, tandis que la seconde transfère des droits existants. Ces opérations ayant toutes deux pour effet de modifier le pacte social, il est donc logique qu'elles obéissent à un régime similaire de l'agrément⁸⁵⁶.

En outre, cette assimilation n'est qu'une extension du champ d'application de la loi car, nonobstant l'absence de régime de l'augmentation de capital propre aux sociétés de personnes et à la SARL, l'article 1832-2 du Code civil mentionne la souscription comme mode d'acquisition de leurs parts sociales, laquelle est susceptible d'entraîner la revendication de la qualité d'associé par le conjoint commun en biens⁸⁵⁷. Dans ce dernier cas, la souscription n'est donc qu'un fait générateur indirect de l'agrément. Mais en l'absence de disposition légale expresse en ce sens, il semble juste de soumettre l'auteur de la souscription à l'agrément des associés, afin de protéger la

⁸⁵³ MORTIER (R.), *op. cit.*, *loc. cit.*

⁸⁵⁴ Adde OPPEIT (B.), « La prise de contrôle d'une société au moyen d'une cession d'actions », *JCP G* 1970, 89284, *spéc.* n° 36, a.

⁸⁵⁵ V. à propos d'une société civile : CA Paris, 15^{ème} ch., 19 mars 1982, *JurisData* n° 1982-021318 ; *RTD com.* 1982, p. 258, comm. (E.) ALFANDARI et (M.) JEANTIN.

⁸⁵⁶ CA Paris, 15^{ème} ch., 19 mars 1982, *préc.*

⁸⁵⁷ V. *supra* n° 210 et s.

société⁸⁵⁸. Une logique similaire a guidé la Cour de cassation pour admettre une nouvelle extension du champ d'application de l'agrément : celle du partage d'une société associée.

γ. Le partage d'une société associée.

221. Cass. com., 12 novembre 1996, n° 94-11.370, Consorts Abounayan c/ Société SIFT et autres. Dans une espèce où, par l'effet du partage, l'associé d'une société liquidée avait reçu les participations détenues par celle-ci dans une société civile, les juges du fond avaient considéré que la clause d'agrément aux termes de laquelle, « aucune personne ne pouvait être associée sans agrément préalable des coassociés », devait être appliquée à ce transfert.

En confirmant cette interprétation large par un arrêt du 12 novembre 1996, la Chambre commerciale consacra une solution inédite, et une nouvelle extension du champ d'application de l'agrément en présence d'une société civile. En raison de sa généralité, cette solution semble parfaitement transposable à l'ensemble des sociétés. Elle surprend néanmoins car le partage s'assimile davantage à une transmission qu'à une cession, ses effets étant similaires à ceux du partage successoral, quoique d'une portée plus restreinte⁸⁵⁹.

De la sorte, il existe une certaine casuistique en jurisprudence selon laquelle, l'assimilation d'une transmission à une cession sera tantôt acceptée, tantôt rejetée, semble-t-il, proportionnellement à l'intensité des effets de celle-ci⁸⁶⁰. *Quid* du partage consécutif à la liquidation d'un régime de communauté de biens entre époux ?

δ. La liquidation d'une communauté de biens entre époux.

222. CA Dijon, ch. civ., sect. B., 28 janvier 2010, (JurisData n° 2010-000226), Mehu c/ Mehu⁸⁶¹. Seuls les textes de la SARL et du droit commun des sociétés par actions mentionnent

⁸⁵⁸ En ce sens, v. LE CANNU (P.), DONDERO (B.), *Droit des sociétés*, Montchrestien, 6^{ème} éd., 2015, p. 871, n° 1378. *Contra* HÉMARD (J.), TERRÉ (F.), MABILAT (P.), *Sociétés commerciales*, t. 1, Dalloz, 1972, p. 520, n° 540.

⁸⁵⁹ Cass. com., 12 novembre 1996, n° 94-11.370, Consorts Abounayan c/ Société SIFT et autres, *Bull. Joly Sociétés* 1997, p. 219, note (J.-P.) GARÇON. Dans son commentaire, Monsieur Garçon approuve cette assimilation du partage et de la cession car, « s'il opère un effet déclaratif, le partage qui s'analyse évidemment comme une opération à titre onéreux ne peut masquer le déplacement de la titularité des parts. [...] Le concept de cession, au demeurant plus descriptif qu'explicatif, est à contenu et à géométrie variables : au regard du problème spécifique de l'agrément, il doit recevoir la portée maximum afin de mieux maîtriser le changement de contrôle, surtout dans une société de personnes ».

⁸⁶⁰ V. le rejet de cette assimilation en présence d'une opération de restructuration : *supra* n° 201 et s..

⁸⁶¹ CA Dijon, ch. civ., sect. B., 28 janvier 2010, Mehu c/ Mehu, *JurisData* n° 2010-000226, *Dr. sociétés* 2010, comm. 66, note (H.) HOVASSE.

comme fait générateur la liquidation de la communauté de biens entre époux pour la première, et celle du régime matrimonial pour les secondes⁸⁶². *Quid* des autres sociétés ?

Dans l'affaire susvisée, les magistrats dijonnais eurent à se prononcer sur l'application de l'article 1861 du Code civil au transfert litigieux de parts d'une société civile résultant de la liquidation d'une communauté de biens. Or, cet article soumet à l'agrément uniquement la cession consentie au conjoint d'un associé, sauf disposition contraire des statuts⁸⁶³. Précisément, en l'espèce, les statuts stipulaient que « toutes cessions entre vifs, entre personnes physiques ou morales sont soumises à l'agrément de tous les associés ». Ils ne visaient donc pas expressément l'hypothèse litigieuse. Dès lors, à l'instar du contentieux relatif aux opérations de restructuration⁸⁶⁴, l'application de cette clause était discutable en raison de la différence d'effets existant entre une cession et une liquidation, cette dernière réalisant un partage, et donc, *in fine*, la transmission d'un ensemble de biens.

En admettant l'effectivité de la clause d'agrément, les magistrats ont fait prévaloir son esprit, lequel était de soumettre le conjoint à l'agrément, plutôt que son libellé. Cette décision paraît opportune car elle comble les lacunes de la loi. En outre, elle permet de ne pas créer une différence de traitement injustifiée entre les sociétés bénéficiant de cette mention dans leur dispositif légal et les autres. En effet, pourquoi le législateur aurait-il voulu protéger les SARL dans ce cas précis et pas les sociétés civiles, alors qu'elles sont toutes deux, par principe, empreintes d'*intuitu personae* ?

De plus, au regard de la différence de régime existant sur ce point entre la SARL et les sociétés par actions⁸⁶⁵, faudrait-il en convenir que le fait de mentionner dans un cas « la liquidation de la communauté » par opposition à la « liquidation du régime matrimonial » exclut de soumettre à l'agrément d'une SARL la liquidation d'autres régimes matrimoniaux que la communauté de biens entre époux ? Une telle interprétation littérale aboutirait à des résultats injustifiés au regard de la volonté du législateur et de celle des parties⁸⁶⁶. Tout autre est le problème de la mise en œuvre d'un agrément consécutif à l'adoption d'un plan de cession, dans le cadre d'une procédure collective.

⁸⁶² C. com., art. L. 223-13, al. 1^{er} (SARL) ; C. com., art. L. 228-23, al. 2 (SA), dans le sens d'une interdiction pour ces dernières.

Pour plus d'analyses à ce propos, v. *infra* n° 245 et s.

⁸⁶³ L'article 1861, alinéa 2 du Code civil dispose que « les statuts peuvent toutefois convenir que cet agrément sera obtenu à une majorité qu'ils déterminent, ou qu'il peut être accordé par les gérants. Ils peuvent aussi dispenser d'agrément les cessions consenties à des associés ou au conjoint de l'un d'eux [...] ».

⁸⁶⁴ V. *supra* n° 201 et s.

⁸⁶⁵ Pour ces dernières, le champ d'application de l'article L. 228-23, alinéa 2 du Code de commerce a été modifié par l'ordonnance du 24 juin 2004. Il est désormais interdit de viser par une clause d'agrément non plus seulement « la liquidation de communauté de biens entre époux » (seule mentionnée dans le champ d'application de la clause d'agrément de la SARL), mais plus généralement « la liquidation du régime matrimonial ».

⁸⁶⁶ Sur le régime de l'agrément en cas de liquidation de communauté ou de régime matrimonial, v. *infra* n° 245 et s.

ε. Le plan de cession adopté dans le cadre d'une procédure collective.

223. Cass. com., 31 janvier 1995, n° 91-20.037. Si une société fait l'objet d'une procédure collective, la loi prévoit que sa clause d'agrément est réputée non écrite afin de ne pas faire obstacle aux mesures de redressement⁸⁶⁷. Toutefois, en ne visant que l'agrément conventionnel par l'emploi de l'expression « clause d'agrément », il s'en déduit, *a contrario*, que les agréments d'origine légale n'entrent pas dans le champ d'application de ce texte. Mais au contraire, lorsqu'un associé fait l'objet d'une procédure de redressement judiciaire, et que le plan de cession prévoit la vente des droits sociaux qu'il détient dans cette société, l'administrateur judiciaire doit respecter la clause d'agrément de cette dernière⁸⁶⁸.

Par conséquent, en l'absence de disposition impérative du droit des procédures collectives, le droit commun de l'agrément continue de s'appliquer, y compris lorsqu'il a pour conséquence de faire obstacle aux mesures prises à l'occasion d'une de ces procédures⁸⁶⁹. Cette règle de principe doit être approuvée car elle est conforme à l'effet relatif des contrats⁸⁷⁰ : le droit applicable à la société, et spécialement les règles de l'agrément, sont opposables aux organes de la procédure collective. La jurisprudence a adopté une position similaire en présence d'un prêt.

b. Les techniques ayant un effet temporaire, assimilées par la jurisprudence à la cession de droits sociaux.

Seule la technique du prêt a fait l'objet d'une décision de justice.

224. Trib. com. Paris, 2^{ème} ch., 13 mars 2007, (JurisData n° 2007-344400), Kling c/ Coutrix. Il fut jugé que le prêt d'actions d'une SAS devait être soumis à la clause d'agrément définissant la cession comme tout transfert de propriété des actions⁸⁷¹. Cette solution est juste car la licéité même de la clause aurait pu être discutée au regard de la lettre de l'article L. 227-14, lequel ne fait référence qu'à la « cession ». En mentionnant « tout transfert », la clause a un champ d'application suffisamment large pour inclure le prêt, lequel se définit précisément comme un

⁸⁶⁷ C. com., art. L. 631-19-II (mod. ord. n° 2014-326 du 12 mars 2014) : « En cas de modification du capital social ou de cession des droits sociaux prévue dans le projet de plan ou dans le plan, les clauses d'agrément sont réputées non écrites ».

⁸⁶⁸ À propos d'une SA : Cass. com., 31 janvier 1995, n° 91-20.037, *Bull. civ.* 1995, IV, n° 31, p. 26 ; *JCP G* 1995, II, 22460, note (Y.) GUYON ; *Bull. Joly Sociétés* 1995, p. 342, note (A.) COURET ; *Rev. sociétés* 1995, p. 320, note (H.) LE NABASQUE.

Comp. à propos de l'efficacité d'une clause d'agrément en cas de cession des titres d'une société en liquidation : Cass. com., 15 novembre 1950, Société Carrières de Saint-Herblain c/ Veuve Hervé et autres, *JCP* 1951, II, 6146, note (D.) BASTIAN.

⁸⁶⁹ Pour les conséquences du défaut d'agrément en présence d'un plan de cession, v. PELLETIER (N.), « Rester associé, un aléa à cerner », in *Dossier Les aléas sociaux, Actes prat. et ing. sociétaire* 2013, n° 132, p. 24, *spéc.* p. 35.

⁸⁷⁰ C. civ., art. 1199. *Adde* ANDREU (L.), THOMASSIN (N.), *Cours de droit des obligations*, Gualino, 2^{ème} éd., 2017, p. 254, n° 645.

⁸⁷¹ Trib. com. Paris, 2^{ème} ch., 13 mars 2007, *JurisData* n° 2007-344400, *JCP E* 2007, p. 2479.

transfert temporaire de la propriété des droits sociaux, à charge pour l'emprunteur de restituer la chose prêtée en même quantité et qualité ou, le cas échéant, de payer un intérêt au prêteur⁸⁷². Mais comme pour la location, il ne réalise pas un transfert de la qualité d'associé car le prêteur conserve la créance issue de son apport, ce qui justifie qu'il recouvre ses prérogatives sociétaires à l'issue du prêt. Ce raisonnement semble transposable au démembrement de droits sociaux, bien que cette opération n'ait jamais fait l'objet de l'analyse de la jurisprudence.

2. Les opérations juridiques n'ayant pas été soumises à l'analyse jurisprudentielle.

225. Plan. Sans exhaustivité, certaines opérations juridiques courantes seront évoquées, qu'elles aient un effet définitif (a) ou temporaire (b) à l'égard de la société. Leur analyse sera l'occasion d'appliquer les règles déduites de la loi ou de la jurisprudence et, peut-être, d'en tirer certaines conclusions sur l'extension du champ d'application du mot « cession ».

a. Les techniques de transfert définitif potentiellement assimilables à la cession de droits sociaux.

226. Plan. À titre d'illustration, seront étudiées quelques techniques tels l'apport partiel d'actif (α) et l'échange (β) afin de savoir si elles sont assimilables à une cession.

a. L'apport partiel d'actif.

227. La définition de l'apport partiel d'actif. Réglementée uniquement pour les sociétés par actions et la SARL⁸⁷³, cette opération consiste à diviser le patrimoine d'une société et le transférer soit à une ou plusieurs sociétés nouvelles, soit à une ou plusieurs sociétés préexistantes. L'apport partiel d'actif se distingue ainsi de la scission en ce que la société qui fait l'apport continue d'exister. Cette particularité a-t-elle une incidence sur la mise en œuvre de l'agrément ?

228. L'application de la procédure d'agrément à l'apport partiel d'actif. Du fait de la survie de la personne morale, cette opération semble devoir être considérée de la même façon

⁸⁷² Le prêt de titres est soumis aux règles du prêt à la consommation.

Adde pour une comparaison du prêt et de la location de droits sociaux, v. GROSCLAUDE (L.), « La location de droits sociaux : le coup d'épée dans l'eau de la loi du 2 août 2005 », *Revue Lamy Droit des affaires*, janvier 2006, n° 1, p. 10.

⁸⁷³ C. com., art. L. 236-22 et L. 236-24.

Adde LE GALL (J.-P.), « Apport partiel d'actif et transmission universelle de patrimoine », in *Dialogues avec Michel Jeantin, Prospectives du droit économique*, Dalloz, 1999, p. 259.

qu'un apport classique puisque la société apporteuse recevra des droits sociaux de la société bénéficiaire en contrepartie, et cela hormis l'hypothèse d'une option pour le régime des scissions, celui-ci réalisant alors une transmission à titre universel de patrimoine⁸⁷⁴. Par conséquent, en dépit de la spécificité de l'apport partiel d'actif, ses effets sont identiques à ceux d'un apport classique au regard de l'agrément. Dès lors, s'il comporte le transfert de droits sociaux, le régime de l'agrément applicable sera identique à celui d'une cession ; la jurisprudence assimilant déjà ces opérations⁸⁷⁵. *Quid* en présence d'un échange de droits sociaux ?

β. L'échange.

229. Un transfert de la titularité des droits sociaux. Selon le vocabulaire juridique de l'association Henri Capitant, l'échange est un « contrat (translatif de propriété) par lequel les parties (copermutants) se donnent respectivement une chose pour une autre (C. civ., art. 1702) »⁸⁷⁶. Ce qui importe ici n'est pas tant l'originalité de l'opération que le transfert des droits sociaux réalisé par l'échange.

Par conséquent, il semble que les règles statutaires ou légales relatives à l'agrément en cas de cession devront s'appliquer puisque l'échange réalise un transfert des droits à titre isolé, et aboutit à faire entrer un nouvel associé. En est-il de même en présence de certaines techniques de transfert temporaire dont l'analyse n'a pas encore été soumise à la jurisprudence ?

b. Les techniques de transfert temporaire potentiellement assimilables à la cession de droits sociaux.

230. Plan. Le démembrement de droits sociaux (α) et la convention de portage (β) retiendront l'attention.

a. Le démembrement de droits sociaux.

Cette hypothèse pose le problème de savoir si le transfert de la jouissance des droits sociaux s'accompagne de celui de la qualité d'associé et donc, corrélativement, si celle-ci constitue une condition pour l'application de l'agrément.

⁸⁷⁴ V. *supra* n° 201 et s.

⁸⁷⁵ V. *supra* n° 219 et s.

⁸⁷⁶ CORNU (G.), (sous la direction de), *Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant*, préf. G. Cornu, P.U.F., coll. Quadridge, 11^{ème} éd., 2016, v. « Échange ».

231. Un transfert de la jouissance des droits sociaux. Dans cette opération juridique, deux personnes ont des droits concurrents mais différents sur des droits sociaux : la nue-propriété et l'usufruit. La principale interrogation suscitée par cette hypothèse est de savoir qui, du nu-propriétaire ou de l'usufruitier, est associé et, par conséquent, si ce dernier est soumis à l'agrément. Depuis un célèbre arrêt « De Gaste » du 4 janvier 1994⁸⁷⁷, nul ne conteste la qualité d'associé du nu-propriétaire, mais la doctrine s'interroge sur la possibilité de qualifier également l'usufruitier comme tel⁸⁷⁸. Certains auteurs proposent même de voir dans le démembrement de droits sociaux un démembrement du titre d'associé⁸⁷⁹ puisque l'usufruitier bénéficie obligatoirement d'au moins une prérogative sociale, et non des moindres, celle de voter l'affectation des bénéfices⁸⁸⁰.

La position de la Cour de cassation sur ce point n'a pas toujours été claire. Elle a en effet jugé licite la clause statutaire attribuant à l'usufruitier le droit de vote pour l'ensemble des décisions sociales, sous l'unique réserve de ne pas interdire l'accès du nu-propriétaire à l'assemblée⁸⁸¹. Faut-il en déduire que, selon elle, le droit de participer aux assemblées caractérise davantage la qualité d'associé que l'exercice du droit de vote⁸⁸² ? Ou faut-il, au contraire, en conclure que l'usufruitier bénéficie lui aussi de cette qualité puisqu'il peut disposer du pouvoir exclusif de voter ? Dès lors, l'application de l'agrément nécessite-t-elle le transfert de la qualité d'associé ? Ou un simple droit

⁸⁷⁷ Cass. com., 4 janvier 1994, *Bull. civ.* 1994, IV, n° 10 ; *Rev. sociétés* 1994, p. 278, note (M.) LECENE-MARENAUD ; *Bull. Joly Sociétés* 1994, p. 279, note (J.-J.) DAIGRE ; *Deffrénois* 1994, p. 556, note (P.) LE CANNU ; *RTD civ.* 1994, p. 644, obs. (F.) ZENATI ; *Dr. et patrimoine* 1994, p. 69, obs. (J.-P.) BERTREL ; *JCP N* 1995, doct. p. 269, note (J.-P.) GARÇON.

⁸⁷⁸ Pour l'affirmative : DERRUPPÉ (J.), « Un associé méconnu : l'usufruitier de parts ou d'actions », *LPA* 1994, p. 15 ; COZIAN (M.), « Du nu-propriétaire ou de l'usufruitier, qui a la qualité d'associé ? », *JCP E* 1994, I, 374 ; PACLOT (Y.), « Remarques sur le démembrement des droits sociaux », *JCP E* 1997, I, 674. Pour une position plus nuancée : REGNAUT – MOUTIER (C.), « Vers la reconnaissance de la qualité d'associé à l'usufruitier de droits sociaux », *Bull. Joly Sociétés* 1994, p. 1155 ;

Contra KADDOUCH (R.), *Le droit de vote de l'associé*, thèse Aix-Marseille 3, 2001 ; GARÇON (J.-P.), « La situation des titulaires de droits sociaux démembrés (à propos des arrêts de la chambre commerciale du 4 janvier 1994 et de la troisième chambre civile du 2 mars 1994 de la Cour de cassation) », *JCP N* 1995, doct. p. 269 ; CHAZAL (J.-P.), « L'usufruitier et l'associé », *Bull. Joly Sociétés* juillet 2000, p. 679, § 158 ; GODON (L.), « Un associé insolite : le nu-propriétaire de droits sociaux », *Rev. sociétés* 2010, p. 143 ; LE FUR (A. - V.), « «Concilier l'inconciliable» : réflexion sur le droit de vote de l'actionnaire », *D.* 2008, p. 2015 : « [...] l'usufruitier n'ayant pas réalisé d'apport n'est pas un associé. Pourtant, il est investi d'un droit irréductible de voter l'attribution des bénéfices. Rien de surprenant : d'une part, le droit de vote est déconnecté de la qualité d'associé, d'autre part, il fait partie du droit d'user, ce qui explique son transfert à un autre que l'associé. Ce transfert est obligatoire pour certaines décisions en raison de la qualité d'usufruitier, et non d'associé. Cette idée se retrouve s'agissant de l'indivision : les indivisaires sont des associés car ils sont propriétaires de leurs titres et membres d'un groupement mais le régime de l'indivision implique une modification de l'exercice des droits attachés à l'action. »

⁸⁷⁹ COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (Fl.), *Droit des sociétés*, Litec, coll. Manuel, 29^{ème} éd., 2016, p. 197, n° 412.

⁸⁸⁰ C. civ., art. 1844, al. 3. Par exemple, v. Cass. com., 31 mars 2004, *Bull. Joly Sociétés* 2004, p. 836, avis (M.-A.) LAFORTUNE, note (J.) MADON et (Th.) JACOMET ; *Dr. sociétés* 2004, p. 26, note (H.) HOVASSE ; *JCP E* 2004, p. 929, note (A.) RABREAU.

⁸⁸¹ Cass. 2^{ème} civ., 13 juillet 2005, *Bull. Joly Sociétés* 2006, § 43, p. 217, note (P.) LE CANNU ; Cass. com., 2 décembre 2008, n° 08-13.185, *D.* 2009, p. 780, note (B.) DONDERO. Cette dernière décision a été particulièrement critiquée car, en l'espèce, l'usufruitier avait voté en faveur d'une fusion-absorption de la société, laquelle anéantit la substance de la chose démembrée.

⁸⁸² Cette opinion semble avoir la préférence de la Haute juridiction. Elle a récemment refusé d'annuler une assemblée au motif que l'usufruitier n'y avait pas été convoqué, semblant ainsi confirmer l'exclusivité de la qualité d'associé au profit du nu-propriétaire (Cass. 3^{ème} civ., 15 septembre 2016, n° 15-15.172 (FS-P+B), M. c/G., *Rev. sociétés* 2017, p. 30, note (Th.) RAVEL D'ESCLAPON).

d'intervention dans les affaires sociales suffit-il ? Une solution identique à celle adoptée par le législateur en cas de location ou de crédit-bail de droits sociaux peut être préconisée.

232. L'application de la procédure d'agrément au transfert de la jouissance des droits sociaux. Tout comme le locataire ou le crédit-preneur de droits sociaux, l'usufruitier est susceptible de disposer d'un large pouvoir d'intervention lors des assemblées sociales. De ce fait, et même si ce tiers n'acquiert pas la qualité d'associé, sa soumission à un agrément préalable au transfert semble justifiée dans les sociétés où il existe un fort *intuitu personae* entre les associés, qu'ils soient titulaires de parts sociales ou détenteurs d'actions. Cette opinion est renforcée par la solution adoptée par le législateur en matière de location ou de crédit-bail ; l'agrément étant opposable au locataire ou au crédit-preneur, même en l'absence de titularité de la qualité d'associé⁸⁸³. Tel n'est pas, en revanche, l'effet d'une convention de portage.

β. La convention de portage.

233. La définition de la convention de portage. Elle peut être définie comme : « Une convention par laquelle le porteur se rend actionnaire (par acquisition ou souscription d'actions), sur demande du donneur d'ordre, étant expressément convenu qu'après une période déterminée, ces actions seront transférées à une personne désignée, selon les modalités et notamment un prix fixé dès l'origine »⁸⁸⁴.

Cette définition usitée pour les actions est tout à fait transposable aux parts sociales. Au regard des règles procédurales de l'agrément, qu'il soit légal ou conventionnel, puisque cette opération réalise plusieurs transferts successifs, à titre isolé, des droits sociaux, chacun d'entre eux nécessite d'être soumis à l'agrément de la société.

234. Conclusion du § I. La possibilité de dégager un fait générateur unique de l'agrément. Il résulte de l'hypothèse du portage, comme des précédentes opérations juridiques, que le mot « transfert » a une portée suffisamment large pour inclure les transferts à titre isolé, comme ceux à titre universel, et ainsi englober à la fois les cessions et les transmissions, anéantissant par là-même les problèmes liés à leur interprétation. En outre, ce fait générateur ne nécessite pas d'emporter le transfert de la qualité d'associé, mais de simples prérogatives sociétaires conférant un pouvoir d'intervention dans la société suffisent pour générer l'agrément.

⁸⁸³ V. *supra* n° 215.

⁸⁸⁴ MORTIER (R.), *Opérations sur capital social*, 2^{ème} éd., Litec, 2015, p. 138, n° 202.

Adde SOUMRANI (P.), *Le portage d'actions*, préf. B. Oppetit, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, t. 260, 1998, p. 117, n° 197. *Rappr.* LUCAS (F.-X.), *Les transferts temporaires de valeurs mobilières, Pour une fiducie des valeurs mobilières*, préf. L. Lorvellec, L.G.D.J., 1997, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 283, 1997.

De la sorte, la généralité de ce mot s'avérerait plus sécurisante que la multitude de faits générateurs actuellement assimilés à la cession, et dont la complexité est accrue par les incertitudes entourant la définition des tiers cessionnaires.

§ II. Les incertitudes liées à la diversité des tiers cessionnaires.

235. Plan. Les tiers sont les personnes qui ne sont pas parties à un acte juridique⁸⁸⁵. Dans le cadre plus précis du droit des sociétés, ces personnes sont celles qui ne bénéficient pas de la qualité d'associé⁸⁸⁶. Or, des textes gouvernant le domaine de l'agrément se dégagent deux catégories de tiers cessionnaires auxquels est corrélée sa source⁸⁸⁷ : les étrangers à la société, cette catégorie ayant été précisée par la jurisprudence (I), et « le conjoint, [...], un ascendant, ou un descendant »⁸⁸⁸, lesquels seront désignés par l'expression de « tiers proches » de l'associé (II). Ces derniers sont l'objet d'interrogations en l'absence de définition légale ou de précisions jurisprudentielles.

I. La définition jurisprudentielle des tiers étrangers à la société.

236. Une conception restrictive. L'expression « tiers étranger » est mentionnée aux articles L. 223-14 et L. 222-8 du Code de commerce ayant trait au domaine de l'agrément en présence d'une SARL et d'une société en commandite simple. Cette précision légale est pertinente par rapport à l'existence d'autres tiers, dont il est possible de constater la mention pour toutes les formes sociétaires, ou presque⁸⁸⁹ : le conjoint de l'associé, ses descendants ou ses ascendants⁸⁹⁰. La loi semble de la sorte supposer que les tiers étrangers se distinguent de ces tiers proches de l'associé. Cette incertitude fit l'objet de contentieux.

⁸⁸⁵ Sur cette notion, v. DELMAS-SAINT-HILAIRE (Ph.), *Le tiers à l'acte juridique*, préf. J. Hauser, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, t. 333, 2000.

⁸⁸⁶ Sur cette notion, v. VIANDIER (A.), *La notion d'associé*, préf. F. Terré, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, t. 156, 1978.

⁸⁸⁷ V. *supra* n° 90 et s.

⁸⁸⁸ V. par exemple, C. com., art. L. 223-13, al. 2. Pour l'incidence de ces mentions sur la source de l'agrément, v. *supra* n° 124 et s.

⁸⁸⁹ Seules la SNC (C. com., art. L. 221-13), la SAS (C. com., art. L. 227-14) et la société européenne (C. com., art. L. 229-11) ne font pas de distinction selon la qualité du tiers cessionnaire.

⁸⁹⁰ Pour plus de précisions à leur propos, v. *infra* n° 238 et s. *Comp.* les incertitudes entourant la notion d'héritier, v. *infra* n° 249 et s.

À l'occasion d'une application de l'ancien article 274 de la loi du 24 juillet 1966 relatif aux sociétés par actions⁸⁹¹, un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 12 juillet 1974 avait décidé que le mot « tiers » désignait toute autre personne que le bénéficiaire d'une succession ou d'une communauté, le conjoint, l'ascendant ou le descendant d'un actionnaire. Logiquement, ce raisonnement n'emporta pas l'adhésion de la Haute juridiction, laquelle maintint une définition classique du tiers comme n'étant pas partie au contrat de société⁸⁹².

À propos d'un autre litige, mais pour lequel l'application de ce même article était en jeu, la Cour de cassation donna son interprétation du mot « tiers » par rapport à la qualité d'actionnaire. Sa décision fut, en ce temps, favorablement accueillie car cette définition était âprement discutée. Tant les praticiens que la doctrine s'interrogeaient sur son contenu depuis que la réforme de 1966 exclut les cessions entre actionnaires du domaine de l'agrément⁸⁹³. Ces interrogations n'étaient pourtant pas nouvelles car un arrêt de 1955 avait déjà dû préciser qu'un ancien associé était un tiers étranger à la société⁸⁹⁴. Or, contrairement à plusieurs réponses ministérielles aux termes desquelles la notion de « tiers » devait s'interpréter largement⁸⁹⁵, la Cour de cassation en adopta une conception restrictive, excluant par là-même les actionnaires, conformément à sa ligne d'interprétation stricte des règles procédurales de l'agrément sociétaire⁸⁹⁶, mais également, à la définition juridique du mot « tiers » comme étant une personne étrangère à un acte juridique⁸⁹⁷. Cette exclusion n'a toutefois pas permis de préciser la notion de « tiers proche » de l'associé.

⁸⁹¹ Auj. C. com., art. L. 228-23, al. 4.

⁸⁹² CA Paris, 12 juillet 1974, *Lamy sociétés* 1974, n° 2928 ; cassé ultérieurement par Cass. com., 10 mars 1976, *Bull. civ.* 1976, IV, p. 80. La Cour d'appel avait admis la validité des clauses d'agrément entre actionnaires.

Comp. CA Paris, 3^{ème} ch. sect. A, 6 décembre 2005, n° 04/22426, Consorts S. c/ SCI Val Thorens, *Bull. Joly Sociétés* 2006, p. 521, note (H.) LÉCUYER, selon lequel il résulte de l'interprétation de l'article 1861 du Code civil relatif aux sociétés civiles que le descendant d'un associé est un tiers étranger à la société.

⁸⁹³ L'ancien article 274 autorisait la stipulation d'une clause d'agrément pour la seule « cession d'actions à un tiers ». V. notamment à ce propos : BARDOUL (J.), « Les clauses d'agrément et les cessions d'actions entre actionnaires », *D.* 1973, chron. p. 137.

⁸⁹⁴ Cass. com., 29 mars 1955, *Bull. civ.* 1955, III, p. 97.

⁸⁹⁵ Rép. min. JOAN, 10 octobre 1968, p. 3327 ; Rép. min. JOAN, 30 décembre 1972, p. 6467.

⁸⁹⁶ Cass. com., 10 mars 1976, *Bull. civ.* 1976, IV, p. 80, *Rev. sociétés* 1976, p. 332, note (J.) HÉMARD ; *RTD com.* 1976, p. 533, obs. (R.) HOUIN ; *D.* 1977, p. 455, note (J.-Cl.) BOUSQUET ; *Deffrénois* 1977, p. 1233, note (J.) DERRUPPÉ. Cass. com., 24 février 1987, *D.* 1987, IR, p. 56.

Comp. avec la solution posée antérieurement à la loi de 1966, laquelle admettait les clauses d'agrément entre actionnaires : Cass. com., 22 octobre 1956, *D.* 1957, jurispr. p. 177, note RIPERT.

Addé CORDONNIER (P.), « Remarques sur la licéité des clauses restreignant la libre cessibilité des actions entre actionnaires », *Journ. sociétés* 1955, p. 193. Pour la modification de l'article L. 228-23, al. 4, v. *supra* n° 110.

⁸⁹⁷ GUILLIEN (R.), VINCENT (J.), sous la direction de GUINCHARD (S.) et MONTAGNIER (G.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 24^{ème} éd., 2016, v. « tiers ».

Addé DELMAS-SAINT-HILAIRE (Ph.), *Le tiers à l'acte juridique*, préf. J. Hauser, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, t. 333, 2000.

II. L'incertaine notion de « tiers proche » de l'associé.

237. Plan. Souvent mentionnés parmi les règles du domaine de l'agrément, les tiers proches de l'associé ne sont pas pour autant définis par la loi (A). De plus, la question de l'actualisation de cette notion se pose en raison de la consécration du PACS postérieurement à leur édicition (B).

A. L'absence de définition des tiers proches de l'associé.

Certaines personnes sont limitativement désignées par la loi comme étant des associés virtuels⁸⁹⁸ et, en tant que tels, leur qualité ne doit pas faire l'objet d'une interprétation extensive.

238. Les associés virtuels : le conjoint, les ascendants, les descendants. Selon un auteur, « les conjoints d'associés partagent, dans le principe, la condition juridique des tiers étrangers à la société et sont soumis aux mêmes conditions d'agrément »⁸⁹⁹. Cette opinion n'est pas tout à fait convaincante car le droit positif fait une place à part au conjoint de l'associé dans de nombreuses situations⁹⁰⁰. Il en est ainsi, par exemple, du principe de l'absence d'agrément du conjoint de l'associé d'une SARL et de l'interdiction de le soumettre à l'agrément édictée par le droit commun des sociétés par actions⁹⁰¹. Le conjoint n'est pas le seul tiers favorisé pour intégrer la société ; une place privilégiée est également réservée aux ascendants et descendants des associés⁹⁰². Ce favoritisme s'explique par la volonté du législateur de faciliter les règlements familiaux⁹⁰³.

De ces énoncés, il se déduit que ces personnes unies par des liens d'affection le sont aussi par des liens juridiques. Outre le droit de la famille, ces liens trouvent leur source dans le droit des régimes matrimoniaux et des successions, lesquels en font des associés virtuels jusqu'à la réalisation de l'éventualité d'une liquidation du régime matrimonial ou d'un partage successoral. Le professeur Guyon remarquait ainsi que : « Pour le droit des sociétés, les proches parents sont souvent présumés ne constituer qu'une seule et même personne »⁹⁰⁴. Cependant, ces proches ne sont pas n'importe qui ; ils sont déterminés limitativement par la loi.

⁸⁹⁸ Pour d'autres hypothèses de parties virtuelles, v. DELMAS-SAINTE-HILAIRE (Ph.), *thèse préc.*, spéc. p. 40.

⁸⁹⁹ MAUBRU (B.), « L'agrément du conjoint de l'associé », *Defrénois* 1985, art. 33557, p. 801.

⁹⁰⁰ *Rappr.* NURIT-PONTIER (L.), « Le couple et le droit des sociétés », *Dr. et patrimoine* 2003, p. 20.

⁹⁰¹ C. com., art. L. 223-13, al. 1^{er} (SARL) ; C. com., art. L. 228-23 (SA).

⁹⁰² Lors des débats parlementaires antérieurs à l'adoption de la loi du 24 juillet 1966, le Sénat proposa d'exclure du domaine de l'agrément les cessions d'actions à un parent au degré successible. Or, l'Assemblée Nationale estima que cette proposition allait trop loin et qu'il suffisait de prévoir la cession à un ascendant ou à un descendant. V. *JO Sénat* CR, 27 avril 1966, p. 348 ; *JO AN* CR 27 avril 1966.

⁹⁰³ *JO Sénat* CR, 27 avril 1966, p. 348.

⁹⁰⁴ GUYON (Y.), *Droit des affaires, Droit commercial général et Sociétés*, t. 1, Economica, 12^{ème} éd., 2003, p. 797, n° 744.

239. Une interprétation stricte des personnes revêtant la qualité de proche de l'associé. En l'absence de définition légale de la notion de proches de l'associé⁹⁰⁵, la jurisprudence restreint les personnes susceptibles de se prévaloir de ce statut privilégié aux seules personnes mentionnées dans les textes que sont le « conjoint », les « ascendants », les « descendants »⁹⁰⁶, voire parfois, les « héritiers », ces derniers étant souvent les mêmes que les précédentes⁹⁰⁷. Il a ainsi été jugé que la cession consentie au gendre d'un actionnaire devait faire l'objet d'un agrément si les statuts d'une société anonyme contenaient une telle clause à destination des tiers étrangers⁹⁰⁸.

Par conséquent, s'il fallait qualifier juridiquement les tiers proches d'un associé, il serait possible de retenir que ces personnes lui sont liées matrimonialement ou filialement⁹⁰⁹. Faute de précision, leur interprétation restrictive paraît exclure de cette catégorie le partenaire pacsé dont le droit des sociétés ne fait aucune mention.

B. Le sort du partenaire pacsé.

L'absence de mention dans les textes du partenaire pacsé empêche de le qualifier comme étant un proche de l'associé. Corrélativement, il est donc un tiers étranger à la société et subit, par là-même, la rigueur de la procédure d'agrément. Cependant, cette affirmation n'est certaine que si le régime du PACS ne permet pas au partenaire de bénéficier de la qualité d'associé.

240. Un tiers étranger. La qualification du partenaire pacsé en tant que tiers étranger peut avoir des conséquences surprenantes. Par exemple, en présence d'une société anonyme, la cession d'actions à un conjoint marié sera libre, tandis que celle faite au pacsé pourra être soumise à un agrément conventionnel.

Pourtant, comme le souligne le professeur Malecki, cette exclusion est étonnante car le pacsé n'est certes pas un époux « [...] en ce sens qu'il n'a pas contracté de mariage [...] mais il n'est pas davantage un tiers en raison des liens qui l'unissent à l'associé : la vie de couple, impératif du PACS, éloigne définitivement le pacsé du tiers étranger »⁹¹⁰. D'origine légale ou conventionnelle, l'agrément visant les tiers lui est donc opposable. En l'absence d'agrément, la question se pose néanmoins de

⁹⁰⁵ Pour les interrogations sur une éventuelle définition et les références, v. MALECKI (C.), « Le remaniement du régime des clauses d'agrément par l'ordonnance n° 2004 – 604 du 24 juin 2004 », *D.* 2004, p. 2775, *spéc.* n° 10.

⁹⁰⁶ C. civ., art. 1861 (société civile) ; C. com., art. L. 223-13 (SARL) ; C. com., art. L. 228-23 (SA).

⁹⁰⁷ C. com., art. L. 223-13 (SARL). Pour la définition de l'héritier, v. *infra* n° 249 et s.

⁹⁰⁸ CA Colmar, 30 janvier 1970, *Gaz. Pal.* 1970, 1, p. 174 ; *Rev. sociétés* 1970, p. 299, note (P.) NOCQUET ; *JCP* 1971, II, 16609, note (Y.) LOUSSOUARN.

⁹⁰⁹ Pour une utilisation de ces qualifications afin d'unifier le domaine de l'agrément, v. *infra* n° 272 et s.

⁹¹⁰ MALECKI (C.), « Le PACS et le droit des sociétés », *Rev. sociétés* 2000, p. 653, *spéc.* n° 14.

Contra, refusant d'assimiler le pacsé au conjoint survivant : CA Chambéry, ch. civ., 1^{ère} section, 31 octobre 2017, n° 16/00971.

savoir si l'attribution de la qualité d'associé au partenaire diffère selon le régime patrimonial applicable au PACS.

241. Le régime du PACS et l'attribution de la qualité d'associé. Une distinction nécessite d'être faite d'après la date de conclusion du PACS, lequel fut réformé par la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006. Celle-ci a en effet supprimé la présomption d'indivision pour moitié qui pesait sur les biens acquis par les partenaires, sauf s'ils indiquaient les faire échapper à ce régime dans l'acte de cession. Pour les PACS conclus depuis le 1^{er} janvier 2007, le principe et son exception sont donc inversés : les biens échappent en principe au régime de l'indivision, sauf accord conventionnel des pacsés.

Quelle est l'incidence du régime de l'indivision des biens sur l'attribution de la qualité d'associé lorsqu'un seul des partenaires acquiert des droits sociaux ? En vertu de la présomption d'indivision antérieure à 2007, ou en raison de la volonté des partenaires pacsés postérieurement à 2007, les droits sociaux souscrits par un seul seront réputés indivis pour leur valeur. S'agissant de la qualité d'associé, la situation des partenaires s'apparente à celle des héritiers d'un associé décédé pour lesquels les droits sociaux sont en indivision. Mais leur traitement diffère selon que l'attribution des droits sociaux est soumise ou non à un agrément.

- En l'absence d'un agrément, comme pour les héritiers, la qualité d'associé sera acquise, *ipso facto*, en même temps que la propriété indivise des droits sociaux.

- Tel ne sera pas le cas, en revanche, en présence d'un agrément ; la qualité d'associé ne pouvant être attribuée instantanément au partenaire. De plus, faute de disposition similaire à l'article 1832-2 du Code civil⁹¹¹, la possibilité pour le partenaire pacsé de revendiquer la qualité d'associé, au nom de la présomption (avant 2007) ou de la convention (après 2007) d'indivision, paraît discutable car inopposable à la société et aux associés. En effet, le PACS est un contrat et, en tant que tel, son contenu n'est pas opposable aux tiers en vertu du principe de son effet relatif posé à l'article 1199 du Code civil⁹¹². Dès lors, le partenaire n'ayant pas la qualité d'associé se trouve dans la situation d'un croupier par rapport au titulaire de la qualité d'associé⁹¹³. Mais rien n'empêche qu'une offre d'achat soit proposée au partenaire indivisaire via la mise en œuvre de l'article 815-14 du Code civil⁹¹⁴. En pratique, proposer une telle offre sera vivement conseillé en

⁹¹¹ À cet égard, une modification de l'article 1832-2 du Code civil par l'ajout d'un droit de revendication au profit du partenaire pacsé, dont les droits sont présumés indivis par la loi, semble nécessaire. Cette modification pourrait être la suivante : C. civ., art. 1832-2, al. 3 « La qualité d'associé est également reconnue, pour la moitié des parts souscrites ou acquises, au conjoint [**ou au partenaire pacsé dont les biens acquis sont présumés indivis**], qui a notifié à la société son intention d'être personnellement associé ».

⁹¹² C. civ., art. 1199. *Adde* ANDREU (L.), THOMASSIN (N.), *Cours de droit des obligations*, Gualino, 2^{ème} éd., 2017, p. 253, n° 645 ; LARROUMET (Ch.), BROS (S.), *Droit civil, Les obligations, Le contrat*, t. 3, Economica, 8^{ème} éd., 2016, p. 859, n° 740.

⁹¹³ V. *infra* n° 585.

⁹¹⁴ En ce sens, HOVASSE (H.), DESLANDES (M.) GENTILHOMME (R.), « PACS et sociétés », *Actes prat. Ing. sociétaire*, janvier - février 2001, p. 6.

raison de la difficulté à gérer la valeur patrimoniale des droits sociaux indivis, concurremment à l'exercice des droits d'associé⁹¹⁵. Cependant, outre le fait que cette hypothèse concerne majoritairement des situations déjà datées, elle pourrait s'avérer en pratique peu courante. La source d'un agrément, et donc son existence, est, en effet, fonction de la nature de la société dont les droits sont convoités.

Conclusion Section I. Une insécurité juridique liée à la diversité des cessions de droits sociaux.

242. L'absence de définition du mot « cession ». La cession de droits sociaux est le fait générateur de l'agrément le plus couramment mentionné par les textes et, par mimétisme, dans les clauses statutaires⁹¹⁶. Mais son absence de définition légale crée une insécurité juridique, source d'incertitudes. La cession fait ainsi figure de genre, dont les espèces sont soit indéterminées, soit déterminées ponctuellement, tantôt par le législateur⁹¹⁷, tantôt par la jurisprudence⁹¹⁸. L'un comme l'autre lui assimilent de nombreuses opérations juridiques, non seulement celles ayant pour objet ou pour effet de transférer isolément la propriété ou la jouissance⁹¹⁹ des droits sociaux mais aussi, plus exceptionnellement, certains actes juridiques unilatéraux, parfois accomplis par des tiers⁹²⁰ ou même, de façon plus surprenante, certaines opérations réalisant une transmission universelle⁹²¹. Pour autant, les magistrats n'admettent pas la généralité de cette extension. Les opérations de restructuration⁹²², ou la modification du capital social d'un associé - personne morale⁹²³, en sont définitivement exclues.

La démarche législative consiste alors à déterminer, au cas par cas, les opérations juridiques comprises ou exclues de la définition d'une cession. Ceci a cependant des conséquences négatives : dès lors que l'ensemble des faits générateurs de l'agrément n'est pas déterminé, des incertitudes pèsent sur l'appartenance de certains actes à cette catégorie. Un exemple d'indétermination est celui du démembrement des droits sociaux à propos duquel la

⁹¹⁵ V. à ce propos, MALECKI (C.), *art. préc., spéc.* n° 18 ; HOVASSE (H.), « PACS et portefeuille de valeurs mobilières », *Dr. sociétés* 2000, comm. 15.

⁹¹⁶ V. *supra* n° 91, n° 191.

⁹¹⁷ V. *supra* n° 206 et s.

⁹¹⁸ V. *supra* n° 217 et s.

⁹¹⁹ Par exemple la location ou le crédit-bail de droits sociaux, v. *supra* n° 215.

⁹²⁰ Pour le droit de revendication du conjoint commun en biens, v. *supra* n°210 et s. ; pour la souscription de droits sociaux, v. *supra* n° 213.

⁹²¹ À propos du partage d'une société, v. *supra* n° 221 ; à propos de la liquidation d'une communauté de biens entre époux, v. *supra* n° 222.

⁹²² V. *supra* n° 201 et s.

⁹²³ V. *supra* n° 199 et s.

jurisprudence ne s'est jamais prononcée⁹²⁴. De plus, pourquoi en exclure les opérations de restructuration, alors même que d'autres opérations réalisant une transmission universelle y sont parfois assimilées⁹²⁵ ? Ces incertitudes sont plus ou moins fortes selon chaque type sociétaire. À titre d'illustration, les dispositions des articles L. 227-14 et L. 229-11 du Code de commerce paraissent antagonistes car le premier vise dans le champ de l'agrément « toute cession » des actions d'une SAS, tandis que le second mentionne « tout transfert » des titres d'une société européenne. De plus, il n'existe pas de mention de la possibilité de soumettre à un agrément le nantissement des parts sociales d'une SNC ou d'une société en commandite. Faut-il déduire de l'interprétation littérale des textes que cette faculté n'est pas admise à l'égard de ces sociétés ?

La pratique contractuelle démontre pourtant que le domaine de l'agrément ne doit pas être figé : ce n'est pas tant la nature de son acte générateur que devrait viser les textes, que toute opération juridique ayant pour effet de réaliser un transfert de la propriété ou de la jouissance des droits sociaux ; peu important l'acquisition de la qualité d'associé dès lors que le tiers bénéficie d'un pouvoir d'intervention dans la société⁹²⁶. De la sorte, une rédaction préférable des textes résiderait dans une formulation générale, plutôt que dans l'énoncé d'une liste de ces opérations ; l'exhaustivité de celle-ci étant un objectif inatteignable. Cependant, une seconde cause rend incertain le domaine de l'agrément.

243. La détermination du tiers cessionnaire. Cette autre cause de contentieux réside dans la méthode choisie en 1966 de corréler la source de l'agrément (légale ou conventionnelle⁹²⁷) à la qualité du cessionnaire, en fonction de l'importance supposée par la loi de son *intuitu personae* avec la société. En outre, l'absence de définition des tiers cessionnaires, ainsi que leur diversité, aggravent les risques d'incompréhension. Les textes ne définissent pas ces tiers, mais il résulte toutefois de leur lecture deux catégories, toutes deux strictement interprétées par la jurisprudence. En premier lieu, les tiers étrangers à la société sont ceux qui ne bénéficient pas de la qualité d'associé. En second lieu, les tiers proches de l'associé que sont le conjoint, les ascendants ou les descendants, ne bénéficient pas non plus de cette qualité. Néanmoins, la loi leur réserve un traitement privilégié pour intégrer la société en les dispensant souvent de l'agrément. La liste de ces « tiers virtuels »⁹²⁸ étant limitative, le partenaire pacsé comme le gendre en sont exclus. Néanmoins, si l'exclusion de ce dernier est compréhensible, en revanche, une mise à jour de la loi au regard de l'adoption du PACS aurait été bienvenue afin de rapprocher le statut du partenaire

⁹²⁴ V. *supra* n° 231.

⁹²⁵ *Comp.* le partage d'une société (v. *supra* n° 221) par exemple et les opérations de restructuration (v. *supra* n° 201 et s.).

⁹²⁶ V. par exemple la nécessité d'agréer le locataire de droits sociaux (v. *supra* n° 215).

⁹²⁷ V. *supra* n° 90 et s.

⁹²⁸ V. *supra* n° 235 et s.

pacsé de celui du conjoint. À défaut, l'interprétation stricte des personnes incluses dans cette catégorie fermée interdit toute assimilation de l'une et l'autre qualité. Or, ne serait-il pas plus aisé de désigner ces proches comme ceux ayant un rapport juridique avec l'associé ? Cette proposition simplifierait le régime de l'agrément en présence d'une cession, lequel manque cruellement de clarté. Une constatation similaire sera-t-elle faite à l'issue de son étude en présence d'une transmission de droits sociaux ?

Section II. Des lacunes et incohérences textuelles en présence d'une transmission de droits sociaux.

244. Plan. Précédemment, il a été observé que les cessions s'opposaient aux transmissions en ce sens que les premières réalisent un transfert isolé de droits sociaux, tandis que les secondes opèrent la mutation d'un ensemble de biens⁹²⁹. Or, nonobstant la volonté du législateur de « penser à tout »⁹³⁰, seuls furent envisagés pour désigner ces dernières les cas de liquidation du régime matrimonial (§ I) et de succession (§ II). Comblant le vide législatif ainsi laissé, la jurisprudence a admis la possibilité de soumettre les opérations de restructuration à un agrément conventionnel (§ III).

§ I. Les cas isolés de liquidation du régime matrimonial d'un associé.

245. Plan. Seuls les textes relatifs à la SARL (I) et au droit commun des sociétés par actions (II) mentionnent ce fait générateur de l'agrément⁹³¹. Ce choix législatif suscite l'incompréhension. Pourquoi un encadrement légal existe-t-il uniquement à l'égard de ces deux sociétés et non des autres ?

⁹²⁹ V. *supra* n° 195 et s.

⁹³⁰ *JO Sénat*, 27 avril 1966, p. 348. Le sénateur Dailly s'exprimait ainsi à propos des clauses d'agrément dans les sociétés par actions : « Il faut penser à tout et soustraire à la clause d'agrément les cas de succession, de liquidation de communauté de biens entre époux ou de cession, soit à un conjoint, soit à un parent au degré successible ». Pour l'exclusion par la jurisprudence des opérations de restructuration du champ d'application de l'agrément, v. *supra* n° 201 et s.

⁹³¹ Pour les autres sociétés, la jurisprudence l'assimile à une cession, v. *supra* n° 222 et s.

I. La liquidation du régime matrimonial de l'associé d'une société à responsabilité limitée.

246. La liquidation de la communauté de biens entre époux. La loi du 24 juillet 1966 a innové en la matière. Naguère, la loi de 1925 relative à la SARL n'y faisait aucune mention en raison de l'interdiction des sociétés entre époux⁹³². Celle-ci étant levée depuis 1958⁹³³, l'article L. 223-13, alinéa 1^{er} du Code de commerce assimile désormais, pour l'application de l'agrément, la liquidation de la communauté de biens entre époux à une transmission de parts sociales en cas de décès de l'associé. Cette assimilation se déduit non seulement de la proximité de la mention de ces événements dans le Code, mais aussi de leurs caractéristiques au fond.

La liquidation de la communauté comme l'ouverture d'une succession peut être causée par la mort⁹³⁴. De même, les effets du partage de la communauté et celui de la succession du *de cuius* sont similaires puisqu'ils opèrent une transmission universelle de biens. Dès lors, il semble logique que ces deux opérations soient, par principe, soumises au même régime de l'agrément, c'est-à-dire, qu'elles en soient libres, sauf stipulation contraire des statuts.

Par conséquent, à partir du moment où les parts sont entrées en communauté, leur bénéficiaire aura en principe droit, consécutivement au partage, à la qualité d'associé, et non plus seulement à la valeur des parts comme c'était le cas sous l'empire du droit antérieur⁹³⁵ ; cela évidemment sous réserve de l'opposition par la société d'une clause d'agrément.

Mais *quid* des autres régimes matrimoniaux ? En l'absence de mention légale, il ne semble pas falloir les assimiler à la communauté de biens entre époux. Cette constatation n'est pas spécialement dangereuse pour la société, car l'agrément des tiers étrangers est alors applicable. Toutefois, cela crée alors des incohérences quant à l'intelligibilité de son domaine. Lors des dernières modifications réalisées par l'ordonnance du 25 mars 2004, le législateur aurait pu cueillir l'occasion d'élargir le champ d'application du texte, comme il l'a fait pour le droit commun des sociétés par actions. Cependant, pour cette dernière, le sens du texte n'est pas d'autoriser la clause d'agrément visant cette opération mais, au contraire, de l'interdire.

⁹³² V. à ce propos : HÉMARD (J.), TERRÉ (F.), MABILAT (P.), *Sociétés commerciales*, t. 1, Dalloz, 1972, p. 405, n° 382.

⁹³³ À ce propos, v. LE CANNU (P.), DONDERO (B.), *Droit des sociétés*, Montchrestien, 6^{ème} éd., 2015, p. 86, n° 119.

⁹³⁴ Les autres faits générateurs de la liquidation peuvent être un divorce, une séparation de corps ou de biens, mais aussi un changement de régime matrimonial en application de l'article 1397 du Code civil.

⁹³⁵ V. par exemple : Cass. com., 23 décembre 1957, *D.* 1958, p. 267 ; Cass. 1^{ère} civ., 22 décembre 1969, *JCP* 1970, II, 16473, note (J.) PATARIN ; *Rev. sociétés* 1970, p. 462, note J. G. ; Cass. com., 20 janvier 1971, *Rev. sociétés* 1971, p. 540.

Adde DERRUPPÉ (J.), « Régimes de communauté et droit des sociétés », *JCP* 1971, I, 2403.

II. L'interdiction de viser par une clause d'agrément la liquidation du régime matrimonial de l'actionnaire.

247. La liquidation du régime matrimonial, et non plus seulement la liquidation de la communauté de biens entre époux. L'ordonnance du 24 juin 2004 a élargi le champ d'application de l'article L. 228-23, alinéa 2 du Code de commerce ; texte relatif au droit commun des actions⁹³⁶. Il est désormais interdit de viser par une clause d'agrément non seulement « la liquidation de communauté de biens entre époux », mais plus généralement « la liquidation du régime matrimonial ». Cette retouche législative concerne les liquidations comportant des actions communes, ou des actions réputées indivises entre deux époux, mariés sous le régime de la séparation de biens⁹³⁷. Néanmoins, la précision de cette extension est certes utile dans un tel contexte d'interdiction, mais sa pertinence suscite l'interrogation. En pratique, il est vraisemblable que les rédacteurs d'actes ne prenaient pas le risque d'insérer une clause d'agrément visant exclusivement les autres régimes matrimoniaux, en raison de l'interprétation large parfois donnée au mot « cession » par la jurisprudence⁹³⁸. En effet, de celle-ci se déduit, plus généralement, une interdiction de soumettre à l'agrément toutes les opérations réalisées au profit du conjoint. Une interdiction similaire existe à l'égard des héritiers de l'actionnaire. Dans les autres sociétés, en revanche, les dispositions ayant trait à la succession d'un associé ne sont pas si claires.

§ II. Les incertitudes liées aux dispositions ayant trait à la succession d'un associé.

248. **Plan.** Ces incertitudes concernent tantôt la définition de l'héritier (I), tantôt la rédaction de certains textes (II).

⁹³⁶ À propos de la question de savoir si le régime de la SAS et celui de la société européenne sont dérogatoires par rapport à ce droit commun, v. *supra* n° 129 et s.

Pour le résumé des réformes successives en la matière, v. *supra* n° 41 et s.

⁹³⁷ C. civ., art. 1538, al. 3. *Adde* DONDERO (B.), « Les clauses d'agrément dans les sociétés par actions après la réforme », *LPA* 2005, n° 189, p. 44, n° 18.

⁹³⁸ Pour l'assimilation d'une liquidation de communauté de biens à une cession, v. *supra* n° 222.

I. Une définition incertaine de l'héritier.

249. Intransmissibilité des droits sociaux en présence de l'*intuitu personae*. En droit français, le principe est celui de la continuation de la personne du *de cuius*⁹³⁹. Celui-ci implique que, par le seul effet du décès, son patrimoine soit intégralement transmis à ses héritiers ou légataires universels. Or, des droits sociaux peuvent être compris dans cette universalité⁹⁴⁰ et, *a priori*, rien n'empêche leur transfert si ce n'est l'existence d'une disposition légale. Cette règle s'applique également en droit des contrats, sauf en présence de l'*intuitu personae*. À cet égard, la jurisprudence a déduit de l'ancien article 1122 du Code civil le principe d'incessibilité et, *a fortiori*, d'intransmissibilité des contrats conclus *intuitu personae*⁹⁴¹.

En droit des sociétés, il convient de se référer aux dispositions spéciales propres à chaque forme sociale pour savoir le degré de transmissibilité des droits sociaux. Or, force est de constater que, si chaque dispositif fait référence à l'« héritier », aucune ne définit cette qualité. Faut-il y intégrer les légataires ? Si oui, de quels légataires s'agit-il, et quelles conséquences en déduire si une catégorie d'entre eux en est exclue ?

250. La définition de l'héritier. La possibilité de soumettre un héritier à l'agrément de la société est mentionnée pour la société civile à l'article 1870 du Code civil, pour la SNC à l'article L. 221-15 du Code de commerce, et pour la SARL, à l'article L. 223-13, alinéa 2 du même Code. Au regard de la structure terminologique de ce dernier, l'héritier semble être une autre personne que le conjoint, un ascendant ou un descendant⁹⁴². En réalité, depuis la loi du 3 décembre 2001, peu de personnes sont susceptibles d'être concernées en raison de la place privilégiée accordée au conjoint survivant⁹⁴³. Par ailleurs, la jurisprudence a eu l'occasion de préciser, à propos d'une SARL, que les dispositions relatives aux héritiers s'appliquent aux tiers qui ne sont pas associés au moment du décès de leur auteur⁹⁴⁴. La situation visée étant susceptible de s'appliquer, cette utile précision mériterait d'être étendue.

⁹³⁹ À propos de l'adage « la mort saisit le vif », v. MALAURIE (Ph.), *Les successions, Les libéralités*, Defrénois, coll. Droit civil, 7^{ème} éd., 2016, p. 1, n° 1.

⁹⁴⁰ Les droits sociaux sont transmis de plein droit aux héritiers de l'associé : Cass. com., 28 février 1972, *Rev. sociétés* 1973, p. 100, note (B.) BOULOC.

⁹⁴¹ V. notamment : Cass. com., 22 octobre 2002, *Dr. et patrimoine* 2003, p. 97, obs. (D.) PORACCHIA. *Quid* de la transposition de cet article après la réforme de 2016 ?

⁹⁴² Cet article dispose que : « Toutefois, les statuts peuvent stipuler que le conjoint, un héritier, un ascendant ou un descendant ne peut devenir associé qu'après avoir été agréé dans les conditions prévues à l'article L. 223-14 ».

⁹⁴³ MALAURIE (Ph.), *Les successions, Les libéralités*, Defrénois, coll. Droit civil, 7^{ème} éd., 2016, p. 85, n° 86.

⁹⁴⁴ Cass. com., 24 octobre 1974, *D.* 1975, p. 209, note (Y.) GUYON ; *Rev. sociétés* 1975, p. 251, note (D.) RANDOUX : « [...] l'article L. 223-13 n'autorise des limitations statutaires à la libre transmissibilité des parts sociales par voie successorale que pour l'agrément par la société de l'héritier qui n'est pas déjà associé avant le décès de son auteur ».

Il est toutefois regrettable que la jurisprudence n'ait pas eu, plus généralement, à se prononcer sur la définition de l'héritier. Celle proposée par le vocabulaire juridique de l'association Henri Capitant peut toutefois orienter la réflexion sur ce point. Selon celui-ci, un héritier est : « Toute personne qui succède à titre universel, y compris les héritiers testamentaires à vocation universelle, à l'exclusion de l'État et des successeurs à titre particulier »⁹⁴⁵. De cette définition, est-il possible d'induire que, lorsque les textes désignent les héritiers, les légataires universels et à titre universel sont également visés⁹⁴⁶ ?

251. La question de l'assimilation de l'héritier et du légataire universel ou à titre universel. L'assimilation de ces deux catégories d'ayants droit n'est néanmoins pas certaine : les articles 1870 du Code civil et L. 223-13, alinéa 4 du Code de commerce distinguent clairement les héritiers des légataires pour le premier, et les personnes désignées par dispositions testamentaires pour le second⁹⁴⁷.

Selon les auteurs, dès lors que le légataire est spécialement évoqué par les textes, il faut en déduire, *a contrario*, que l'héritier au sens de la loi désigne uniquement l'héritier *ab intestat*⁹⁴⁸. Si cette interprétation terminologique est juste, une interprétation en opportunité pourrait néanmoins être préconisée. En effet, mis à part le cas du legs à titre particulier, la différence entre les droits tenus d'une succession *ab intestat* et ceux d'une succession testamentaire ne réside-t-elle pas dans leur source (la loi pour la première, le testament pour la seconde) plutôt que dans leurs effets ? Par ailleurs, le texte relatif au droit commun des sociétés par actions⁹⁴⁹ vise sans distinction les cas de succession, ce qui tendrait à assimiler ces deux espèces sans avoir à discuter de la définition de l'héritier⁹⁵⁰. Et d'une façon plus générale, l'emploi de l'expression « ayant cause » serait peut-être plus appropriée, celle-ci désignant une « personne qui tient son droit d'une

⁹⁴⁵ CORNU (G.), (sous la direction de), *Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant*, préf. G. Cornu, P.U.F., coll. Quadridge, 11^{ème} éd., 2016, v. « Héritier ».

⁹⁴⁶ Pour la définition des différentes espèces de legs, v. MALAURIE (Ph.), *op. cit.*, 7^{ème} éd., 2016, p. 327, n° 570.

⁹⁴⁷ À cet égard, la doctrine a unanimement déploré le manque de cohérence de ce texte à la suite de la modification réalisée par l'ordonnance du 25 mars 2004. Ainsi Monsieur le Professeur Lécuyer les résume-t-il : « L'alinéa 2 de l'article L. 223-13 distingue, on le sait, le conjoint, l'héritier, les ascendants et descendants. L'alinéa 4 du même article, désormais, sépare le conjoint survivant des héritiers et des personnes désignées par dispositions testamentaires. On s'accordera peut-être à s'appuyer sur cette dernière proposition pour opposer héritier et légataire également dans l'alinéa 2, mais en revanche, on s'épuisera à redonner de la cohérence à l'ensemble sur le reste : dans l'alinéa 2, l'héritier est un autre que les ascendants et les descendants, dans l'alinéa 4, l'héritier est, entre autres, le descendant ou l'ascendant. Quant à persister à opposer les qualités de conjoint et d'héritier, faut-il rappeler que, depuis la loi du 3 décembre 2001, les droits du conjoint successible figurent en section 2 d'un chapitre du Code civil intitulé : « Des héritiers » ? » (LÉCUYER (H.), « Commentaire de l'ordonnance du 25 mars 2004 dans ses dispositions relatives aux SARL », *LPA* 16 avril 2004, n° 77, p. 4).

⁹⁴⁸ LÉCUYER (H.), *art. préc.* ; LIENHARD (A.), « Les assouplissements du régime de la SARL (ordonnance du 25 mars 2004) », *D.* 2004, p. 930.

Pour leur définition, v. MALAURIE (Ph.), *op. cit.*, p. 68, n° 55.

⁹⁴⁹ C. com., art. L. 228-23, al. 3.

⁹⁵⁰ En ce sens, v. RIPERT (G.), ROBLOT (R.), *Traité élémentaire de droit commercial, Les sociétés commerciales, Commentaire de la loi du 24 juillet 1966*, t. 1, L.G.D.J., 1968, p. 453, n° 857 : « L'expression héritiers doit être prise dans le sens juridique de personnes appelées à la succession ».

autre appelée auteur »⁹⁵¹. Ou, à l'instar de la proposition faite de désigner le conjoint et les proches par leur lien juridique avec l'associé⁹⁵², peut-être la mention d'un lien successoral avec ce dernier suffirait-il pour désigner à la fois l'héritier et le légataire⁹⁵³ ; l'essentiel au regard de l'agrément n'est-il pas de contrôler la personnalité du bénéficiaire des droits sociaux ? À cet égard, seule une large portée conférée à la définition de l'héritier permet de respecter cet objectif. La définition générale donnée par le Vocabulaire juridique de l'association Henri Capitant s'avère ainsi appropriée⁹⁵⁴. Dès lors, puisqu'en vertu de celle-ci, les légataires universels et à titre universel sont qualifiés d'héritiers, quel est le sort réservé au légataire à titre particulier lors de la mise en œuvre de l'agrément ?

252. Les conséquences de l'exclusion des légataires à titre particulier de la définition de l'héritier. Une décision isolée et ancienne des juges du fond avait assimilé le légataire à titre particulier à un tiers au motif qu'il ne succédait pas à la personne du défunt. Cette qualification avait pour effet de le soumettre à l'agrément des autres associés, conformément à l'exigence légale⁹⁵⁵. Cette décision paraît tout à fait opportune car, au fond, ce légataire est dans la même situation qu'un cessionnaire : il est le bénéficiaire d'un transfert isolé des droits sociaux. En l'absence de référence textuelle le concernant, cette solution mériterait d'être étendue à l'ensemble des sociétés, quelle que soit la source de leur agrément. En attendant l'éventualité d'une telle modification, le droit positif se caractérise par des disparités entre les textes, spécialement au regard du champ d'application de certains d'entre eux.

II. Les lacunes rédactionnelles de certains textes.

253. Plan. La rédaction des articles L. 221-15 (A) et L. 227-14 (B) du Code de commerce suscite des interrogations, notamment quant à leur articulation avec d'autres textes du domaine de l'agrément.

⁹⁵¹ GUILLIEN (R.), VINCENT (J.), sous la direction de GUINCHARD (S.) et MONTAGNIER (G.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 24^{ème} éd., 2016, v. « Ayant cause ».

⁹⁵² V. *supra* n° 239

⁹⁵³ En ce sens, pour la proposition d'unification, v. *infra* n° 269 et s.

⁹⁵⁴ CORNU (G.), *op. cit.*, *loc. cit.*

⁹⁵⁵ CA Agen, 11 juin 1947, *Rev. sociétés* 1947, p. 212.

Rappr. HÉMARD (J.), TERRÉ (F.), MABILAT (P.), *Sociétés commerciales*, t. 3, Dalloz, 1978, p. 71, n° 100 et les références aux opinions doctrinales citées par les auteurs.

Adde Cass. 1^{ère} civ., 24 mars 1998, *Dr. sociétés* 1998, n° 103, note (Th.) BONNEAU : si le conjoint de l'associé décédé a reçu les parts en vertu d'une donation entre époux, il est assimilé au légataire au regard de l'article 1870 du Code civil (à propos d'une société civile).

A. Les doutes relatifs à l'héritier de l'associé en nom.

La présentation de l'article L 221-15 du Code de commerce sera suivie de l'exposé de ses lacunes.

254. Les conséquences du décès d'un associé en nom. En principe, la disparition d'un associé entraîne la dissolution de la société en nom collectif⁹⁵⁶. Par analogie, ce principe s'applique également en cas de dissolution des personnes morales associées. Cette règle rigoureuse, consécutive au fort *intuitu personae* de la SNC, n'est cependant pas d'ordre public. D'après ce texte, les statuts peuvent stipuler la continuation de la société, soit entre les seuls associés survivants, soit avec les héritiers ou des tiers⁹⁵⁷. Une telle possibilité résulte d'une consécration légale des aménagements de la pratique. En effet, les suites de la dissolution, spécialement fiscales, sont rarement avantageuses tant pour les associés que pour les héritiers, et cela d'autant plus que la situation financière de la société peut être prospère.

Par ailleurs, aux termes de l'alinéa 5 de cet article, la possibilité de doubler la clause de continuation d'une clause d'agrément se déduit de la mention selon laquelle : « L'héritier a pareillement droit à cette valeur s'il a été stipulé que, pour devenir associé il devrait être agréé par la société ». La mise en œuvre de ce texte révèle toutefois qu'il n'est pas exempt de lacunes.

255. Deux principales lacunes. D'une part, se pose la question de son articulation avec l'article d'ordre public, L. 221-13 du même Code, lequel ne vise que la cession des droits sociaux. En effet, puisque la jurisprudence n'assimile pas la transmission universelle de patrimoine à une cession⁹⁵⁸, conformément à l'esprit de la loi de 1966, l'agrément visant chacune de ces opérations a dès lors un régime distinct⁹⁵⁹. L'article L. 221-15 indique d'ailleurs deux de ses éléments : l'origine statutaire de l'agrément et le droit de l'héritier refusé au paiement de la valeur des

⁹⁵⁶ C. com., art. L. 221-15, al. 1^{er}. La solution est la même pour un GIE (ord. 23 septembre 1967, art. 13-5^o).

⁹⁵⁷ C. com., art. L. 221-15, al. 2.

Adde RIPERT (G.), « La clause de continuation de la société en nom collectif avec les héritiers de l'associé décédé », *RTD com.* 1938, p. 7.

⁹⁵⁸ Notamment : Cass. com., 3 juin 1986, *D.* 1987, p. 95, note (J.-J.) DAIGRE ; Cass. com., 6 mai 2003, (deux arrêts), n° 01-12.567, Société Sanofi Synthélabo c/ Société Laboratoires Yves Rocher, et n° 01-30.172, Société Financière des laboratoires Yves Rocher c/ Société Sanofi Synthélabo, *Bull. civ.* 2003, IV, n° 70, p. 79 ; *Bull. Joly Sociétés* 2003, p. 742, chron. (A.) CONSTANTIN ; *JCP E* 2003, p. 1335, obs. (J.-J.) CAUSSAIN, (F.) DEBOISSY, (G.) WICKER ; *JCP E* 2003, p. 1485, note (D.) COHEN ; *Dr. et patrimoine* octobre 2003, n° 119, p. 36, obs. (J.-P.) BERTREL ; *JCP G* 2003, p. 2046, note (B.) THULLIER ; Cass. com., 15 mai 2007, n° 06-13.484, Société Eurofog c/ SAS Ixsea, *Bull. Joly Sociétés* 2007, p. 1075, note (M.) MENJUCQ. V. *supra* n° 201 et s.

Comp. néanmoins pour quelques assimilations, notamment le partage d'une société v. *supra* n° 221, ou la liquidation d'une communauté de biens, v. *supra* n° 222.

Adde URBAIN-PARLEANI (I.), « La fusion-absorption à l'épreuve des clauses d'agrément. Le cas particulier de la transmission des droits sociaux dans le capital d'une société tierce », in *Aspects actuels du droit des affaires : mélanges en l'honneur d'Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p. 1061, *spéc.* p. 1075.

⁹⁵⁹ Le législateur lors des débats parlementaires les distinguait clairement. V. *supra* n° 91 et s., n° 112 et s.

parts⁹⁶⁰. Ces mentions sont une retranscription de l'ancien article 1868 du Code civil, lequel réglait les conséquences du décès d'un associé pour toutes les sociétés, civiles ou commerciales, qu'elles soient dites de personnes ou de capitaux⁹⁶¹. En l'absence de précision légale sur les autres éléments de ce régime telles que les modalités de vote de cet agrément, il semble que le principe soit celui de la liberté statutaire, dans la limite de sa compatibilité avec les règles de la SNC⁹⁶².

Et, d'autre part, à l'exception du droit de l'héritier évincé à la valeur des droits sociaux de son auteur, la loi ne précise pas davantage les conséquences d'un refus d'agrément⁹⁶³. Or la SNC présente une particularité notable lorsque tous les héritiers désignés préalablement dans la clause de continuation sont refusés : celle d'un retour au principe de la dissolution de la société⁹⁶⁴. Par analogie, ces remarques sont aussi valables pour les sociétés en commandite simple. D'autres doutes existent dans le cadre de l'article L. 227-14 du Code de commerce.

B. Les doutes relatifs à l'héritier de l'actionnaire d'une SAS.

256. Le champ d'application incertain de la clause d'agrément de l'article L. 227-14 du Code de commerce. Cet article dispose que : « Les statuts peuvent soumettre toute cession d'actions à l'agrément préalable de la société ». En ne visant que les cessions, ce texte suscite une question : faut-il en déduire que les transferts d'actions résultant d'une succession sont exclus de son champ d'application⁹⁶⁵ ? Plusieurs arguments peuvent être invoqués pour justifier une réponse positive comme négative à cette question.

256-1. Une exclusion des transmissions successorales du champ d'application de la clause d'agrément. Terminologiquement et juridiquement, la cession n'est pas une transmission. Déjà abordé à l'occasion du rejet de l'assimilation d'une opération de restructuration à une cession, ce rejet peut aussi être opposé aux successions⁹⁶⁶. En effet, les conséquences d'une dévolution successorale ne sont en rien comparables à celles du transfert isolé de la propriété

⁹⁶⁰ V. *infra* n° 484 et s.

⁹⁶¹ Mais il fut supprimé par la loi du 4 janvier 1978 réformant les sociétés civiles. Il convient dorénavant de rechercher, dans le corpus de chaque société, l'encadrement des suites du refus d'agrément. V. notamment, *infra* n° 297 et s.

Adde DERRUPPÉ (J.), « Un trou législatif : le choix du successeur d'un associé décédé », in *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Dalloz, 1991, p. 73.

⁹⁶² À propos de cette règle de vote, v. *infra* n° 389 et s.

⁹⁶³ Pour plus de précisions sur ce point, v. *supra* n° 467 et s., 482 et s.

⁹⁶⁴ GERMAIN (M.), avec le concours de MAGNIER (V.), *Traité de droit commercial de G. Ripert et R. Roblot, Les sociétés commerciales*, t. 1, vol. 2, L.G.D.J., coll. Traité, 21^{ème} éd., 2014, p. 186, n° 1728. *Adde* MOULIN (J.-M.), *Droit des sociétés et des groupes*, Gualino, 2013, p. 218, n° 278 et s.

⁹⁶⁵ V. à ce propos : Avis de l'Association Nationale des Sociétés par Actions, « SAS : la clause statutaire d'agrément peut-elle viser les transferts d'actions résultant d'une succession ? », CJ du 1^{er} décembre 2010, n° 10-070. RABREAU (A.), « L'éviction des héritiers d'actions de SAS : quels aménagements statutaires ? », *Bull. Joly Sociétés* 2011, p. 740.

⁹⁶⁶ V. *supra* n° 201 et s.

d'un bien, ou même de la seule jouissance d'un droit. En outre, la transmission successorale a des effets encore plus rigoureux que ceux d'une fusion, ou d'une scission, car son caractère d'ordre public s'oppose à ce qu'une clause contractuelle en limite l'application, conformément à la prohibition des pactes sur succession future. C'est pourquoi le législateur a spécialement prévu une dérogation à ce principe pour toutes les sociétés de personnes et la SARL⁹⁶⁷. En revanche, le principe est celui de l'interdiction de l'agrément dans les sociétés par actions, conformément à l'article L. 228-23, alinéa 3 du Code de commerce. Or ce dernier est applicable à l'ensemble des sociétés de ce type, en vertu des renvois légaux faits pour chacune d'elles au droit commun des actions⁹⁶⁸. La liberté statutaire de la SAS ne serait donc pas absolue ; la portée du mot « cession » visé à l'article L. 227-14 n'étant pas suffisamment large pour contredire le droit commun⁹⁶⁹. Une opinion inverse peut être soutenue, sans convaincre néanmoins.

256-2. Une inclusion des transmissions successorales dans le champ d'application de la clause d'agrément. Plusieurs arguments peuvent en effet être avancés en faveur de cette inclusion.

- D'une part, lors de la rédaction du texte en 1994⁹⁷⁰, l'intention du législateur n'était pas d'exclure les successions du champ d'application de cette clause car l'actionnariat des SAS ne pouvait être constitué que de sociétés. Or, cette interdiction fut supprimée par la loi n° 99-587 du 12 juillet 1999, ramenant certes implicitement, mais naturellement, dans le champ du texte, la possibilité d'une succession à la personne d'un associé personne physique.

- Et, d'autre part, le législateur a accordé aux SAS la plus grande liberté pour renforcer son caractère *intuitu personae*⁹⁷¹. Privilégier la liberté statutaire serait dès lors cohérent avec cet esprit. Une partie de la doctrine partage cette position à condition que la clause vise expressément les transferts d'actions résultant d'une succession⁹⁷². Cette opinion doit être approuvée. Elle correspond, de surcroît, à celle adoptée par la Cour de cassation pour les opérations de

⁹⁶⁷ V. *supra* n° 297 et s.

⁹⁶⁸ À propos de ces renvois légaux, v. *supra* n° 129 et s.

⁹⁶⁹ *Comp.* avec la rédaction du texte de la société européenne, v. *supra* n° 121.

⁹⁷⁰ La loi n° 94-1 du 3 janvier 1994 a introduit la SAS en droit français.

⁹⁷¹ C. com., art. L. 227-13 à L. 227-18.

V. à propos du vote de la clause d'agrément, *infra* n° 223.

⁹⁷² CHARVÉRIAT (A.), COURET (A.), ZABALA (B.), avec le concours de MERCADAL (B.), *Mémento pratique, Sociétés commerciales*, éd. Francis Lefebvre, 2012, p. 885, n° 60700 ; GERMAIN (M.), PÉRIN (P.-L.), *SAS*, Joly éditions, 2013, p. 209, n° 368 ; RANDOUX (D.), « Une réforme ordinaire : la société par actions simplifiée », *JCP E* 1999, p. 1812 ; Avis de l'Association Nationale des Sociétés par Actions, « SAS : la clause statutaire d'agrément peut-elle viser les transferts d'actions résultant d'une succession ? », CJ du 1^{er} décembre 2010, n° 10-070.

restructuration, en présence d'une clause visant expressément ces transferts⁹⁷³. Son inconvénient est toutefois de faire peser sur la pratique la charge de suppléer les lacunes du texte, et notamment, l'organisation du régime d'un éventuel refus d'agrément⁹⁷⁴.

Mais paradoxalement, une telle opinion revient à admettre que le champ du texte ne peut être interprété extensivement, ce pourquoi elle reste douteuse juridiquement. Une formulation plus large lui aurait conféré davantage de sécurité juridique à l'instar de l'article L. 229-11 du Code de commerce, relatif à la société européenne, lequel ne vise pas uniquement les « cessions » mais, plus généralement, les « transferts » d'actions et de valeurs mobilières. Ce mot permet ainsi de contrer la polémique existant à propos de l'inclusion des opérations de restructuration dans le champ de la clause d'agrément.

§ III. L'admission jurisprudentielle de l'application d'un agrément aux opérations de restructuration.

257. Plan. Lorsqu'il s'agit d'appliquer à une opération de restructuration un agrément d'origine légale ou statutaire, la jurisprudence interprète strictement les textes ou les clauses ne visant que le mot « cession »⁹⁷⁵. Dès lors, faute pour la loi de mentionner expressément ce fait générateur, que ce soit dans le sens d'une interdiction ou d'une permission⁹⁷⁶, praticiens et universitaires se sont demandés si, au nom de la liberté contractuelle, la clause statutaire visant expressément cette opération de restructuration était licite. Cette question paraît aujourd'hui avoir trouvé une réponse bien assise en jurisprudence, et cela, en dépit de la vive controverse doctrinale suscitée en présence d'un transfert d'actions (I). Néanmoins, l'interprétation des termes de la clause par les juges du fond demeure une source d'insécurité juridique (II).

⁹⁷³ V. *supra* n° 195, n° 263 et s.

⁹⁷⁴ V. *infra* n° 469 et s.

⁹⁷⁵ Ces opérations sont la fusion, la scission et l'apport partiel d'actif, v. *supra* n° 201 et s. Pour le particularisme de la sanction de la méconnaissance de la procédure d'agrément, v. *infra* n° 577 et s., et des conséquences du refus d'agrément, v. *infra* n° 488 et s.

⁹⁷⁶ En résumé, le contenu des textes relatifs aux cessions et transmissions est le suivant. Société civile : seule mention de la cession des parts sociales (C. civ., art. 1861) – dispositions spéciales en cas de succession (C. civ., art. 1870 et 1870-1) ; SNC : seule mention de la cession (C. com., art. L. 221-13) ; SCS : idem SNC (C. com., art. L. 222-2) ; SARL : cession et transmission universelle du patrimoine à titre successoral (C. com., art. L. 223-13 et L. 223-14) ; SA : mention de la transmission par succession puis cession (art. L.228-23) ; SAS : « toute cession d'actions » (C. com., art. L. 227-14) ; Société européenne : « tout transfert d'actions » (C. com., art. L. 229-10). Pour plus de précisions sur les faits générateurs mentionnés par les textes et leur incidence sur la source de l'agrément, v. *supra* n° 90 et s.

I. La licéité de la clause d'agrément visant les opérations de restructuration.

258. Une admission controversée. Par un arrêt du 3 juin 1986, la Chambre commerciale de la Cour de cassation admit la licéité de cette clause pour la première fois⁹⁷⁷. Cependant, l'emploi du conditionnel fut longtemps employé s'agissant de la portée à donner à cet arrêt.

Jusqu'alors, la Cour de cassation ne s'était pas prononcée directement sur la validité de clauses d'agrément visant spécifiquement cette opération ou, du moins, celles définissant largement le champ d'application d'une cession comme ce fut le cas dans l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt du 3 juin 1986, précité⁹⁷⁸. Fondé sur l'appréciation souveraine des juges du fond, sa portée était d'autant plus discutable qu'il s'agissait d'un arrêt de rejet⁹⁷⁹. Par ailleurs, l'admission de la validité de la clause fut certes un progrès⁹⁸⁰, mais *quid* de la mise en œuvre de l'agrément ? Cet arrêt n'apporta aucune réponse aux questions complexes suscitées par cette situation.

En 2003, les doutes sur la validité de cette clause furent définitivement levés dans la célèbre affaire opposant la société Laboratoires Yves Rocher à la société Sanofi-Synthélabo⁹⁸¹, sans pour autant que les magistrats se soient prononcés sur les difficultés d'application de la clause⁹⁸².

⁹⁷⁷ Cass. com., 3 juin 1986, Groupement aptésien de la cerise industrielle Aptunion c/ société Clerici et compagnie, *Bull. civ.* 1986, IV, n° 115, p. 98; *JCP E* 1986, I, n° 15846, n° 6, obs. (A.) VIANDIER et (J.-J.) CAUSSAIN; *JCP E* 1987, II, 15083, note (Y.) PACLOT; *D.* 1987, jurisp. p. 95, note (J.-J.) DAIGRE; *RTD com.* 1987, p. 209, obs. (Y.) REINHARD. L'attendu de rejet était le suivant : « Mais attendu que la Cour d'appel s'est prononcée comme elle l'a fait par voie d'interprétation des dispositions ambiguës des statuts de la société Clerici relatives à l'agrément prévu dès lors que l'opération de fusion ne figure pas expressément au nombre des actes pour lesquels la clause d'agrément est interdite ; qu'ainsi elle a légalement justifié sa décision ».

⁹⁷⁸ V. ainsi un précédent rendu le 19 avril 1972 (*Bull. civ.* 1972, IV, n° 115; *D.* 1972, jurisp. p. 538, note (D.) SCHMIDT) ayant sanctionné l'interprétation extensive du mot « cession » comme ne s'appliquant pas à une scission

Pour l'exposé des différentes opinions et une comparaison des deux arrêts, v. BERTREL (J.-P.), « Fusions-acquisitions : une clause d'agrément est-elle applicable en cas de fusion ou scission », *Dr. et patrimoine* avril 2003, n° 114.

⁹⁷⁹ En faveur de la qualification d'arrêt de revirement, v. BERTREL (J.-P.), *op. cit.* URBAIN-PARLEANI (I.), « La fusion-absorption à l'épreuve des clauses d'agrément. Le cas particulier de la transmission des droits sociaux dans le capital d'une société tierce », in *Aspects actuels du droit des affaires : mélanges en l'honneur d'Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p. 1061, spéc. p. 1070 : « L'arrêt du 3 juin 1986 ne peut être compris que comme retenant une conception large de la notion de cession. « Le revirement est total car on ne peut imaginer que deux interprétations opposées soient données à une même formule ». L'opération de transmission est assimilée à une « faisceau de cession à titre particulier ». En d'autres termes, la notion de cession peut englober les transmissions universelles » (citant successivement : DAIGRE (J.-J.), note sous Cass. com., 3 juin 1986, *D.* 1987, jurisp. p. 95 ; COQUELET (M.-L.), *La transmission universelle du patrimoine en droit des sociétés*, thèse Paris X, 1994, p. 313, n° 488). De notre point de vue, il ne nous semble pas qu'il faille le qualifier de revirement car la question posée à la Cour de cassation en 1972 et en 1986 n'était pas la même. En 1972, elle se prononçait sur l'interprétation du champ d'application d'un agrément légal, tandis qu'en 1986, il s'agissait d'un agrément statutaire.

⁹⁸⁰ *Contra* s'appuyant sur le principe de la libre cessibilité des actions : BERTREL (J.-P.), *op. cit.*

⁹⁸¹ Cass. com., 6 mai 2003, (2 arrêts), n° 01-12.567, Société Sanofi-Synthélabo c/ Société Laboratoires Yves Rocher, et n° 01-30.172, Société Financière des laboratoires Yves Rocher c/ Société Sanofi-Synthélabo, *Bull. civ.* 2003, IV, n° 70, p. 79; *D.* 2003, p. 1438, note (A.) LIENHARD; *RTD com.* 2003, p. 525, obs. (J.-P.) CHAZAL et (Y.) REINHARD; *D.* 2004, p. 273, note (J.-Cl.) HALLOUIN; *Dr. et patrimoine* octobre 2003, n° 119, p. 36, obs. crit. (J.-P.) BERTREL. *Préc.* CA Paris, 18 février 2000, *RTD com.* 2000, p. 390, note (Y.) REINHARD.

Rappr. à propos d'un pacte de préférence : CA Chambéry, 26 novembre 2002, Société Pernat Industrie c/ SA Banque de Vizille, *D.* 2003, p. 1216, note (B.) ESPESSON-VERGEAT.

Plus récemment, un arrêt du 15 mai 2007 sembla clore tout débat. Par celui-ci, la Chambre commerciale de la Cour de cassation approuva la Cour d'appel de Paris d'avoir retenu, « par motifs propres et adoptés, que rien n'interdit d'étendre l'application d'une clause d'agrément à des opérations de fusion par une mention expresse des statuts » (A), « et que la mise en œuvre d'une telle stipulation n'est affectée d'aucune impossibilité » (B)⁹⁸³. Les deux affirmations de cet attendu de rejet nécessitent d'être confrontées aux critiques adressées aux solutions énoncées dans l'affaire Yves Rocher⁹⁸⁴ ; critiques en partie reprises par le pourvoi ayant donné lieu à cette décision⁹⁸⁵.

A. « [...] rien n'interdit d'étendre l'application d'une clause d'agrément à des opérations de fusion par une mention expresse des statuts [...] »

Afin de mieux approuver cette solution jurisprudentielle, sa principale critique nécessite d'être préalablement exposée.

259. La critique formulée contre cette solution. La licéité de la clause d'agrément visant une fusion ne devrait pas être admise en raison d'une interprétation erronée de l'article L. 228-23 du Code de commerce et son atteinte corrélative au principe de la libre cessibilité des actions⁹⁸⁶. Pour les opposants à ce courant jurisprudentiel, c'est une utilisation dévoyée du raisonnement *a contrario* qui vicie cette interprétation car celui-ci n'est : « [...] un moyen d'apporter une réponse à une question non tranchée par une loi que lorsqu'il est possible de supposer que le législateur, en prescrivant une règle pour une situation donnée, a voulu, en même temps, prescrire le contraire pour les autres situations : c'est le sens de l'adage "*qui dicit de uno, negat de altero*"⁹⁸⁷, fondement de l'interprétation *a*

Adde URBAIN-PARLEANI (I.), « La fusion-absorption à l'épreuve des clauses d'agrément. Le cas particulier de la transmission des droits sociaux dans le capital d'une société tierce », in *Aspects actuels du droit des affaires : mélanges en l'honneur d'Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p. 1061.

⁹⁸² Une solution peut néanmoins être déduite de l'arrêt rendu le 10 janvier 2001 par la Cour d'appel de Rennes dans l'affaire opposant la société Sanofi-Synthelabo à la société Laboratoires Yves Rocher, v. *infra* n° 581 et s. Également à ce propos, v. notamment : CONSTANTIN (A.), « L'application des clauses d'agrément en cas de fusion ou scission : le poids des mots, le choc des principes », *Bull. Joly Sociétés* 2003, p. 742, *spéc.* n° 19 et suivants.

⁹⁸³ Cass. com., 15 mai 2007, n° 06-13.484, Société Eurofog c/ SAS Ixsea, *Bull. Joly Sociétés* 2007, p. 1075, note (M.) MENJUCQ, rejetant le pourvoi formé contre CA Paris (3^{ème} ch. sect. B), 9 février 2006, Société Eurofog c/ SAS Ixsea, *Rev. sociétés* 2006, p. 431, note (I.) URBAIN-PARLEANI. Le dernier morceau de phrase indiquant l'exigence d'une « mention expresse des statuts » sera étudié en même temps que l'insécurité juridique liée à la rédaction de la clause d'agrément, v. *infra* n° 265 et s.

⁹⁸⁴ V. *supra* n° 204 et s.

⁹⁸⁵ En ce sens, spécialement la première branche du second moyen laquelle soutenait « que si la fusion-absorption ne figure pas expressément au nombre des actes pour lesquels la clause d'agrément est interdite par l'article L. 228-23 du Code de commerce, la mise en œuvre de cette clause est, par nature, incompatible avec une telle opération lorsqu'est absorbée la société propriétaire des actions dont la cession est soumise à agrément [...] ».

⁹⁸⁶ Pour plus de précisions à propos de la conciliation du principe de la libre cessibilité des actions (ou libre négociabilité), v. *supra* n° 37 et s.

⁹⁸⁷ Qui affirme sur un point, nie sur l'autre.

contrario. Plus particulièrement, dans une matière qui obéit à des principes de droit commun et qui connaît des exceptions, l'interprétation *a contrario* d'une disposition n'est justifiée que si elle permet de retrouver le droit commun, non d'étendre le champ des exceptions qui sont, dit-on d'interprétation stricte »⁹⁸⁸.

En l'espèce, le droit commun que permettrait de retrouver l'interprétation *a contrario* est le principe de la libre négociabilité des actions ; celui-ci étant une caractéristique essentielle de ces titres⁹⁸⁹. Opérant une restriction à ce principe, la clause d'agrément s'analyse comme une exception et donc, en vertu de cette qualité, son champ d'application doit être strictement interprété. L'un de ces auteurs conclut ainsi : « [qu']on ne peut donc pas, comme l'a fait [...] la Cour de cassation, faire produire à une simple manifestation de volonté (une clause d'agrément statutaire) des effets qui aboutissent à amputer le principe de la libre cessibilité des actions dans des hypothèses qui n'ont pas été prévues par le législateur (la fusion et la scission) »⁹⁹⁰.

Par conséquent, en l'absence de fondement juridique, cette interprétation extensive du champ de l'agrément faite par la Cour de cassation serait uniquement justifiée par un souci de « protectionnisme juridique »⁹⁹¹, et cela afin de permettre à la société d'éviter les prises de contrôle indirectes par le biais de l'absorption d'une société associée.

260. Le rejet de cette critique. En dépit de sa subtilité, cette analyse ne convainc pas. En effet, le droit commun recherché par la Haute juridiction n'est pas le principe de la libre négociabilité des actions mais le champ d'application de l'agrément. Cette observation se justifie par trois arguments.

- D'une part, au regard de la structure de l'article L. 228-23 du Code de commerce. Celui-ci n'a pas pour objet l'énoncé du principe de la libre cessibilité des actions⁹⁹², mais celui du champ d'application de l'agrément en cas de transfert d'actions : sont de la sorte successivement mentionnés le principe de l'agrément, puis ses exceptions. Ainsi, peut être soumis à un agrément conventionnel « [...] la cession de titres de capital ou de valeurs mobilières donnant accès au capital, à quelque titre que ce soit »⁹⁹³. En revanche, la clause d'agrément est écartée « en cas de succession, de

⁹⁸⁸ PACLOT (Y.), note sous Cass. com., 3 juin 1986, *JCP E* 1987, II, 15083.

Adde PACLOT (Y.), *Recherches sur l'interprétation juridique*, thèse Paris II, 1988 ; JEANTIN (M.), *Droit des sociétés*, Montchrestien, 3^{ème} éd., 1994, p. 227, n° 435.

⁹⁸⁹ En ce sens, v. PACLOT (Y.), *note préc.* ; BERTREL (J.-P.), *art. préc.* ; CHAZAL (J.-P.) et REINHARD (Y.), note sous Cass. com., 6 mai 2003, *RTD com.* 2003, p. 525.

Rappr. déjà : REINHARD (Y.), note sous Cass. com., 3 juin 1986, *Rev. sociétés* 1987, p. 52.

⁹⁹⁰ BERTREL (J.-P.), *art. précité*.

⁹⁹¹ *Ibid.*, « le souci de *protectionnisme juridique* qui semble avoir inspiré l'arrêt du 3 juin 1986 procède en effet, sur le plan juridique, d'une ellipse trop simplificatrice ».

⁹⁹² À propos du principe de la libre négociabilité, ou autrement dénommé libre cessibilité des actions, v. *supra* n° 37 et s.

⁹⁹³ C. com., art. L. 228-23, al. 1^{er}.

liquidation du régime matrimonial ou de cession, soit à un conjoint, soit à un ascendant ou à un descendant »⁹⁹⁴.

- D'autre part, comme l'observait le professeur Paclot, l'interprétation *a contrario* suppose de se référer à la volonté du législateur. Or, celle-ci confirme l'exclusion de cette interprétation. Les débats parlementaires démontrent que le texte adopté est un compromis entre la volonté de favoriser la circulation des actions entre actionnaires ou avec leurs proches, et celle de donner les moyens à la société de se protéger contre le risque d'intrusions de tiers⁹⁹⁵. En ce sens, une extension du champ d'application du mot « cession » par le biais de la mention textuelle « à quelque titre que ce soit » semble davantage correspondre à la volonté du législateur. En effet, cette formulation accroît la protection contre le risque d'intrusion, en quelque circonstance, contrairement à l'interprétation *a contrario* qui, elle, privilégie le principe de la libre négociabilité et réduit de la sorte le champ de l'agrément à celui des cessions⁹⁹⁶. La procédure d'agrément et ce principe ne sont toutefois pas inconciliables puisqu'une obligation de rachat a été instituée au profit du cédant⁹⁹⁷. De plus, le domaine de l'agrément a été étendu à l'ensemble des sociétés par actions, notamment pour « toute cession d'actions » d'une SAS et « tout transfert d'actions » d'une société européenne⁹⁹⁸. Il semble donc possible d'en déduire que le législateur a vraisemblablement voulu donner les moyens à ces sociétés de se préserver contre ce risque car, comme a pu le souligner le professeur Guyon : « [...] l'absorption d'une société actionnaire constitue le cheval de Troie [permettant] de prendre pied dans les sociétés les mieux protégés »⁹⁹⁹.

- Enfin, il convient simplement de remarquer que le législateur n'a pas précisément envisagé le cas des fusions et des scissions lors des débats parlementaires¹⁰⁰⁰. Par conséquent, conclure au caractère volontaire de cette omission, spécialement afin de privilégier un principe plutôt qu'un autre, paraît hasardeux. La confrontation des effets de ces opérations avec la mise en œuvre de la

⁹⁹⁴ C. com., art. L. 228-23, al. 1^{er}, *in fine*.

⁹⁹⁵ Pour plus de précisions sur le contexte de l'adoption de ce texte, v. *supra* n° 110.

⁹⁹⁶ Également en faveur d'une interprétation extensive du mot cession, v. HALLOUIN (J.-Cl.), note sous Cass. com., 6 mai 2003, *D.* 2004, p. 273 ; LE CANNU (P.), DONDERO (B.), *Droit des sociétés*, Montchrestien, 6^{ème} éd., 2015, p. 1022, n° 1640.

Rappr. pour une critique du principe de la libre négociabilité qui n'est pas de l'essence de la société anonyme, v. CONSTANTIN (A.), « L'application des clauses d'agrément en cas de fusion ou scission : le poids des mots, le choc des principes », *Bull. Joly Sociétés* 2003, p. 742, *spéc.* n° 9 : « Exit la liberté, ne reste que la négociabilité (qualification d'un procédé particulier de transmission du droit, plus rapide et plus efficace que celui du droit civil) ou la cessibilité (possibilité pour l'associé de sortir de la société, que la procédure d'agrément, loin de contrarier, garantit expressément au travers de la faculté de rachat) ».

⁹⁹⁷ Pour plus de précisions à ce propos, v. *supra* n° 464 et s.

⁹⁹⁸ C. com., art. L. 227-14 (SAS) ; art. L. 229-11 (société européenne). Pour cette dernière, la possibilité de soustraire les titres au principe de la libre négociabilité est particulièrement claire lorsque le texte affirme : « Les statuts d'une société européenne ne faisant pas appel public à l'épargne peuvent soumettre tout transfert d'actions à des restrictions à la libre négociabilité sans que ces restrictions ne puissent avoir pour effet de rendre ces actions inaliénables pour une durée excédant dix ans ».

⁹⁹⁹ GUYON (Y.), *Traité des contrats, Les sociétés. Aménagements statutaires et conventions entre associés*, L.G.D.J., 5^{ème} éd., 2002, p. 182, n° 106.

¹⁰⁰⁰ Ce qui n'a pas non plus été le cas lors de la réforme des sociétés civiles, v. en conséquence : Cass. com., 12 février 2008, n° 06-20.966, SCEA Domaine de Cabriac c/ Société Bernard Teillan, *Bull. Joly Sociétés* 2009, n° 1, p. 28, note (P.) LE CANNU.

procédure d'agrément n'a pas davantage été envisagée. Pour la jurisprudence, ces derniers ne sont toutefois pas un obstacle à l'admission de cette stipulation.

B. « [...] la mise en œuvre d'une telle stipulation n'est affectée d'aucune impossibilité ».

Comme précédemment, les critiques formulées à l'encontre de cette affirmation doivent d'abord être exposées, puis rejetées pour mieux être approuvée.

261. Les critiques formulées. Le grief de l'incompatibilité de la clause d'agrément avec la transmission universelle du patrimoine repose principalement sur deux arguments¹⁰⁰¹.

- D'un point de vue théorique, ce transfert universel, « *uno actu* et de plein droit »¹⁰⁰², ne saurait être écarté par une simple stipulation statutaire, à l'instar d'une dévolution successorale¹⁰⁰³.

- Sur le plan pratique, il fut également soutenu que l'application de la procédure d'agrément pouvait « conduire à une impasse »¹⁰⁰⁴. Plus précisément, la disparition de la société fusionnée ou scindée empêcherait son exercice du droit de repentir dans l'hypothèse d'un refus de l'agrément de son ayant cause. Il est toutefois possible d'opposer à cet argument le fait que, si la société-associée a approuvé sa future dissolution, c'est qu'elle a en même temps renoncé à sa qualité d'associé. De même, la nullité prévue au dernier alinéa de l'article L. 228-23 du Code de commerce serait inefficace. Le transfert rétroactif, caractéristique de cette dernière, étant irréalisable faute pour la société absorbée d'encore exister, à moins que le prononcé de cette sanction n'entraîne, corrélativement, l'anéantissement de toute la transmission universelle du patrimoine, ou du moins, une partie de celle-ci¹⁰⁰⁵. En outre, la jurisprudence méconnaîtrait ainsi le domaine restreint des nullités en droit des sociétés, et spécialement celui de l'article L. 235-8 du même Code. En effet, ce dernier sanctionne par la nullité l'irrégularité de la délibération décidant l'opération de restructuration, alors que l'absence de demande d'agrément est sanctionnée sur un

¹⁰⁰¹ C. civ., art. 1844-4, al. 2 ; C. com., art. L. 236-3.

¹⁰⁰² GUYON (Y.), *Droit des affaires, Droit commercial général et Sociétés*, t. 1, Économica, 12^{ème} éd., 2003, p. 689, n° 635.

¹⁰⁰³ En ce sens, v. JEANTIN (M.), « Clauses d'agrément et fusion de sociétés commerciales », *Dr. sociétés* 1988, p. 2, l'auteur émet le souhait que la question « soit entièrement résolue en ne perdant pas de vue ces directives essentielles données en la matière par la théorie du patrimoine qui constitue, en définitive, la seule clef d'une application raisonnée et cohérente du principe de la transmission universelle de patrimoine ».

¹⁰⁰⁴ BERTREL (J.-P.), « Fusions-acquisitions : une clause d'agrément est-elle applicable en cas de fusion ou scission ? », *Dr. et patrimoine* avril 2003, n° 114, à propos de l'arrêt du 3 juin 1986, précité.

¹⁰⁰⁵ *Rappr.* à propos du refus d'agrément donné *a posteriori* d'une opération de fusion : CONSTANTIN (A.), « L'application des clauses d'agrément en cas de fusion ou scission : le poids des mots, le choc des principes », *Bull. Joly Sociétés* 2003, p. 742, *spéc.* n° 21 : « [...] les droits sociaux ne peuvent être considérés comme transmis à la société bénéficiaire de la dévolution universelle du patrimoine, puisque par hypothèse l'agrément n'a pas été accordé ».

autre fondement¹⁰⁰⁶. Qu'ils soient justes ou non, ces arguments ont été balayés d'un revers de plume par la Cour de cassation.

262. L'approbation corrélatrice de la solution jurisprudentielle. Par cette affirmation ferme selon laquelle « [...] la mise en œuvre d'une telle stipulation n'est affectée d'aucune impossibilité », la Cour de cassation rejette certes ces critiques, mais elle ne précise pas pour autant comment mettre en œuvre la procédure d'agrément, spécialement lorsque la dévolution patrimoniale a déjà eu lieu. La solution à ce problème doit être recherchée dans la décision des juges du fond puisque celle-ci n'a pas été censurée¹⁰⁰⁷. Ainsi, faute de pouvoir sanctionner le défaut d'agrément par l'anéantissement du transfert comme le voudrait le mécanisme de la nullité, les juges du second degré convenaient-ils : « [qu'] il y a lieu [...] d'appliquer le dispositif de rachat prévu à l'article L. 228-24 en cas de refus d'agrément, étant observé que ce dispositif vise à tirer les conséquences d'un défaut d'agrément »¹⁰⁰⁸.

En l'absence de précision statutaire et, *a fortiori*, de disposition légale solutionnant le problème susvisé, le dévoiement de la finalité du dispositif de rachat doit être approuvé. Cette solution pragmatique réalise un compromis entre le caractère d'ordre public de la transmission universelle du patrimoine et la force obligatoire des prévisions statutaires¹⁰⁰⁹. De la sorte, la stipulation de la clause d'agrément visant les opérations de restructuration apparaît tout à fait licite. En outre, afin de garantir cet équilibre, la Cour de cassation exige qu'elle soit l'objet d'« une mention expresse des statuts ».

II. L'insécurité juridique pesant sur la rédaction de la clause d'agrément.

263. Plan. Les opérations de restructuration doivent-elles être mentionnées expressément dans le texte de la clause ou une référence implicite suffit-elle ? L'exigence d'« une mention expresse » de ces opérations constitue une avancée jurisprudentielle. Avant l'arrêt « Société

¹⁰⁰⁶ BERTREL (J.-P.), « Fusions-acquisitions et clause d'agrément : du nouveau en jurisprudence », *Dr. et patrimoine* octobre 2003, n° 119. Pour la sanction du défaut de notification, v. *infra* n° 577 et s.

¹⁰⁰⁷ CA Paris (3^{ème} ch. sect. B), 9 février 2006, SA Eurofog c/ SAS Ixsea, *Rev. sociétés* 2006, p. 431, note (I.) URBAIN-PARLEANI.

¹⁰⁰⁸ CA Paris (3^{ème} ch. sect. B), 9 février 2006, SA Eurofog c/ SAS Ixsea, précité.

Comp. CA Rennes, 10 janvier 2001, n° 00/02609, rectifié le 18 avril 2001, Société Sanofi-Synthélabo c/ Société Laboratoires Yves Rocher, où le transfert des titres a été annulé. Cette annulation se justifiait sans doute par la mise sous séquestre des actions. V. : CONSTANTIN (A.), *art. précité*. Sur la sanction du défaut d'agrément, v. *infra* n° 577 et s.

¹⁰⁰⁹ Pour plus de précisions de droit prospectif, v. *infra* n° 631 et s.

Eurofog»¹⁰¹⁰, la Cour de cassation n'exerçait qu'un contrôle minimal sur la rédaction de la clause (A). La portée de cette exigence est toutefois incertaine et nécessite d'être confirmée (B).

A. Avant l'arrêt « Société Eurofog » du 15 mai 2007.

264. L'exercice d'un contrôle minimal sur la rédaction de la clause par la Cour de cassation. Les arrêts rendus avant 2007 ont fait l'objet de nombreuses critiques doctrinales quant au manque de sécurité juridique qu'ils induisaient. Les auteurs s'accordaient sur le fait qu'il est une chose d'admettre la légitimité des clauses d'agrément, en l'absence d'opposition légale, mais qu'une autre est d'assurer la sécurité juridique des justiciables¹⁰¹¹. Or, en abandonnant l'interprétation du libellé des clauses d'agrément aux juges du fond, sans détermination d'un critère de contrôle, le risque d'aléa inhérent à toute interprétation aboutit inévitablement à des résultats contradictoires¹⁰¹².

Par exemple, un arrêt de la Cour d'appel de Nîmes, du 28 novembre 1984, avait admis l'application à une fusion-absorption d'une clause précisant que « [...] par cession il faut entendre tout acte ayant pour objet ou pour effet la mutation entre vifs de la propriété des actions »¹⁰¹³.

Au contraire, un arrêt de la Cour d'appel de Chambéry, du 26 novembre 2002, avait jugé qu'une clause statutaire, bien qu'intitulée « transmission d'actions », ne devait pas s'appliquer à une scission lorsque son contenu ne soumettait à l'agrément que : « [les] cessions entre vifs, à des tiers non-actionnaires, soit à titre gratuit, soit à titre onéreux, alors même que la cession aurait lieu par voie d'apport ou par voie d'adjudication publique volontaire ou forcée [...] »¹⁰¹⁴.

Or, un an plus tôt, un arrêt de la Cour d'appel de Rennes admettait l'application à une fusion-absorption, d'une clause visant : « [...] la transmission de toute action ou certificat d'investissement à un tiers non-actionnaire est soumise au droit d'agrément du conseil d'administration »¹⁰¹⁵.

De même, l'emploi du mot « transfert » fut sujet à interprétation selon qu'il était assorti ou non de précisions contextuelles. Un arrêt de la Cour d'appel de Paris a ainsi pu considérer que l'expression « transfert d'actions », suivie de sa définition limitative en tant que « cession – échange

¹⁰¹⁰ Cass. com., 15 mai 2007, n° 06-13.484, Société Eurofog c/ SAS Ixsea, *Bull. Joly Sociétés* 2007, p. 1075, note (M.) MENJUCQ.

¹⁰¹¹ V. notamment à ce propos : LIENHARD (A.), note sous Cass. com., 6 mai 2003, n° 01-12.567 et n° 01-30.172, Société Sanofi Synthélabo c/ Société Laboratoires Yves Rocher, *D.* 2003, p. 1438 ; CONSTANTIN (A.), « L'application des clauses d'agrément en cas de fusion ou scission : le poids des mots, le choc des principes », *Bull. Joly Sociétés* 2003, p. 742, *spéc.* n° 16.

¹⁰¹² Voir absurdes, v. *supra* n° 204-2.

¹⁰¹³ CA Nîmes, 2^{ème} ch., 28 novembre 1984 références sous Cass. com., 3 juin 1986, *D.* 1987, jurispr. p. 858, note (J.-J.) DAIGRE ; *Rev. sociétés* 1987, p. 52, note (Y.) REINHARD. Pour les références des commentaires de ce dernier arrêt, v. *supra* sous n° 195.

¹⁰¹⁴ CA Chambéry, 26 novembre 2002, *D.* 2003, jurispr. p. 1216, note (B.) ESPESSON-VERGEAT.

¹⁰¹⁵ CA Rennes, 10 janvier 2001, n° 00/02609, rectifié le 18 avril 2001, Société Sanofi Synthélabo c/ Société Laboratoires Yves Rocher.

– apport en société – nantissement – donation », ne pouvait s'appliquer à une transmission à titre universel¹⁰¹⁶.

De cet ensemble, il résulte une inexorable impression de désordre. Certains auteurs se sont malgré tout essayés à une synthèse. Par exemple, Madame Espesson-Vergeat estime qu'émerge une « grille de lecture des conventions »¹⁰¹⁷, laquelle consiste à distinguer l'expression « cession entre vifs » et les expressions « transfert d'actions » ou « transmission d'actions ». La première ne vise que les cessions à titre isolé, tandis que les secondes doivent être analysées au regard de leur contexte sémantique. Si elles sont mentionnées dans un article spécifique des statuts, cela signifierait alors que les parties ont entendu faire produire à la clause d'agrément les plus larges effets. Au contraire, une mention comprise dans un article plus général, visant toute sorte de cessions à titre isolé, ne révélerait pas clairement la volonté des associés. Dans ce cas, les juges devraient adopter une interprétation restrictive des clauses¹⁰¹⁸.

Pour éclairante qu'elle soit, cette analyse ne supprime pas tout risque d'aléa¹⁰¹⁹. La seule alternative permettant de garantir la prévisibilité de ces stipulations statutaires serait d'exiger la mention expresse des opérations de fusion ou de scission, comme semble l'avoir fait la Cour de cassation, dans l'arrêt « Eurofog » du 15 mai 2007.

B. Après l'arrêt « Société Eurofog » du 15 mai 2007.

La nouvelle exigence jurisprudentielle est opportune en dépit du fait que sa portée soit sujette à interrogation.

265. L'exigence d'une mention expresse. Dans cet arrêt, la Haute juridiction indique que « [...] rien n'interdit d'étendre l'application d'une clause d'agrément à des opérations de fusion par une mention expresse des statuts »¹⁰²⁰. En l'espèce, la clause d'agrément litigieuse mentionnait effectivement son application « [...] en cas d'apport partiel d'actif, de fusion ou de scission »¹⁰²¹. La

¹⁰¹⁶ CA Paris, 18 février 2000, *RTD com.* 2000, p. 390, obs. (Y.) REINHARD.

¹⁰¹⁷ ESPESSON-VERGEAT (B.), note sous Cass. com., 6 mai 2003, n° 01-12.567 et n° 01-30.172, *Société Sanofi Synthélabo c/ Société Laboratoires Yves Rocher*, *LPA* 2004, n° 6, p. 15.

¹⁰¹⁸ *Comp.* l'analyse faite par : CONSTANTIN (A.), « L'application des clauses d'agrément en cas de fusion ou scission : le poids des mots, le choc des principes », *Bull. Joly Sociétés* 2003, p. 742, *spéc.* n° 16 : « Au total, il semble que l'on puisse déduire de l'ensemble de ces décisions qu'une clause qui a pour champ d'application les transmissions, transferts ou mutations de droits sociaux par quelque moyen que ce soit, devrait être applicable à un transfert de ces droits résultant d'une fusion ou d'une scission. En revanche, ces mêmes transferts ne devraient pas être subordonnés au respect de la procédure d'agrément lorsque la clause ne vise que « la cession » des droits sociaux ou leur « cession entre vifs », à moins que la disposition statutaire ne précise expressément que par cession il faut entendre tout acte quel qu'il soit ayant pour objet ou pour effet leur mutation, leur transmission ou leur transfert ».

¹⁰¹⁹ Pour une illustration, v. CA Paris, 18 février 2000, *préc.*

¹⁰²⁰ Cass. com., 15 mai 2007, n° 06-13.484, *Société Eurofog c/ SAS Ixsea*, *Bull. Joly Sociétés* 2007, p. 1075, note (M.) MENJUCQ.

¹⁰²¹ CA Paris (3^{ème} ch. sect. B), 9 février 2006, *Société Eurofog c/ SAS Ixsea*, *Rev. sociétés* 2006, p. 431, note (I.) URBAIN-PARLEANI.

consécration de cette exigence souhaitée par la doctrine permet indéniablement de pallier l'insécurité juridique dont souffrait, jusque-là, l'interprétation de ces stipulations.

Elle crée, cependant, un autre risque. Celui de sanctionner des sociétés dont les statuts n'auront pas été modifiés en conséquence de cette nouvelle règle. Comme l'illustre un arrêt rendu par la Cour d'appel de Rouen, le 9 juin 2011, les magistrats du fond avaient refusé, dans cette affaire, d'appliquer à une fusion-absorption une clause d'agrément visant le « transfert d'actions à un tiers non-actionnaire de la société, à quelque titre que ce soit »¹⁰²². Or, il a été observé que l'emploi du mot « transfert » était suffisant pour inclure dans le champ de la clause les opérations de fusion. De la sorte, une interprétation trop stricte des termes de l'arrêt « Eurofog » aboutit à des résultats absurdes puisque contraires à la volonté des parties. Des doutes sur la portée de cette exigence peuvent alors être exprimés.

266. Les doutes sur la portée de cette exigence. La portée à donner à cette nouvelle exigence jurisprudentielle est une source d'interrogations pour deux raisons.

- D'une part, au regard des faits de l'affaire Société Eurofog. L'attendu de la Cour de cassation reprend peut-être seulement les termes utilisés par les juges du fond, lesquels constataient l'existence d'une mention expresse des opérations de restructuration par la clause d'agrément.

- Et, d'autre part, l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Rouen, le 9 juin 2011, justifie l'inefficacité de la clause en raison de la seule mention du mot « transfert », plutôt que la mention expresse des opérations de restructuration¹⁰²³. Or le texte de la clause s'appuyait sur le modèle réglementaire donné à l'article R. 422-1 du Code de la construction et de l'habitation ; il s'agissait en l'espèce d'une société anonyme d'habitation à loyer modéré, par nature réputée fermée. Cette interprétation restrictive du mot « transfert » est ainsi fortement contestable.

- D'abord, ce texte exige la stipulation d'une clause d'agrément en cas de « [...] transfert d'actions à un tiers non-actionnaire de la société, à quelque titre que ce soit »¹⁰²⁴ ; cette exigence

¹⁰²² CA Rouen, 9 juin 2011, n° 10/05530, SA Dialogue c/ Association Logeo, *JurisData* n° 2011-011373, *Dr. sociétés* 2011, n° 10, comm. 171, (M.) ROUSSILLE ; *Bull. Joly Sociétés* 2011, p. 774, note (Ph.) MERLE.

¹⁰²³ CA Rouen, 9 juin 2011, *précit.*, « [...] ainsi que l'a justement remarqué le jugement au regard de la présentation et des formulations de l'article 8 des statuts, celui-ci comporte d'abord des « dispositions générales » dans lesquelles il est question de cession des actions et aussi de transmission des actions à titre gratuit ou en suite de décès, puis ensuite ce sujet des « cessions d'actions » dans lequel se trouve en § 4 la clause d'agrément discutée même si le mot alors employé est « transfert » [...] ».

¹⁰²⁴ L'annexe à cet article mentionne que : « 4° Sauf en cas de cession mentionnée au 2 ou au 3, ainsi qu'en cas de succession, de liquidation de communauté de biens entre époux, ou de cession soit à un conjoint, soit à un ascendant ou à un descendant, le transfert d'actions à un tiers non actionnaire de la société, à quelque titre que ce soit, doit être autorisé par le conseil (d'administration) (de surveillance) (1) qui n'est pas tenu de faire connaître les motifs de son agrément ou de son refus. »

semble faite en vue de protéger la société, et cela d'autant plus qu'il s'agit d'une société pour laquelle la loi instaure un strict contrôle de la composition de l'actionnariat¹⁰²⁵.

- Ensuite, l'adage « *ubix lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* » n'a pas de raison d'être appliqué car la portée du terme « transfert » est plus large que celui d'une « cession »¹⁰²⁶.

- Enfin, l'expression « à quelque titre que ce soit » contenue dans la clause lui confère un large champ d'application, dont rien n'interdit de comprendre les fusions ou les scissions¹⁰²⁷.

La formation d'un pourvoi pour connaître la teneur du contrôle de la Cour de cassation sur une telle interprétation aurait été éminemment souhaitable. En attendant cette éventualité, une modification des statuts par anticipation serait souhaitable afin d'inclure expressément ces opérations dans le champ de la clause d'agrément¹⁰²⁸.

Conclusion Section II. Des lacunes et incohérences textuelles en présence d'une transmission de droits sociaux.

267. Une absence de vision globale de la législation. Le régime de l'agrément en cas de transmission de droits sociaux est à la fois lacunaire et incohérent. Son unité souffre de l'omission de nombreux éléments, à commencer par la mention des opérations de restructuration, laquelle a été comblée par la jurisprudence avec plus ou moins de clarté. De plus, pour les cas de transmission visés par la loi, que soient les liquidations de régime matrimonial ou les successions, leur régime est tantôt inexistant pour certaines sociétés¹⁰²⁹, tantôt incohérent lorsqu'il existe¹⁰³⁰ et,

¹⁰²⁵ La loi définit la composition de l'actionnariat de la société qui doit être réparti entre quatre catégories d'actionnaires (C. construction et habitation, art. L. 422-2-1). Elle précise qu'au sein de l'actionnariat doit figurer un actionnaire de référence détenant la majorité du capital. Par ailleurs, en cas de modification du capital ayant un effet sur l'actionnariat de référence, la loi autorise la société à demander le renouvellement de l'agrément (C. construction et habitation, art. L. 422-2-1, II, al. 2).

¹⁰²⁶ À propos de l'interprétation stricte du terme cession, v. JEANTIN (M.), *Droit des sociétés*, Montchrestien, 3^{ème} éd., 1994, p. 227, n° 435. V. *supra* n° 195.

¹⁰²⁷ En ce sens : MERLE (Ph.), « Clause d'agrément et fusion... encore ! », note sous CA Rouen, 9 juin 2011, n° 10/05530, SA Dialogue c/ Association Logeo, *Bull. Joly Sociétés* 2011, p. 774, *spéc.* n° 11 : « On comprend donc mal que la Cour d'appel ait refusé de faire jouer la clause d'agrément à l'occasion de cette opération de fusion, alors que cette disposition avait été stipulée pour “ tout transfert d'actions [...] à quelque titre que ce soit “. Quelle autre expression, encore plus large, aurait-il fallu employer ? ».

¹⁰²⁸ Pour un parallèle avec la transmission successorale, v. Cass. com., 12 novembre 1996, n° 94-11.370, Consorts Abounayan c/ Société SIFT et autres, *Bull. Joly Sociétés* 1997, p. 219, note (J.-P.) GARÇON : « [...] il est certain que lorsqu'il trouve à jouer, le principe de la transmission universelle du patrimoine a été emprunté par le droit des sociétés au droit des successions », v. *infra* n° 549 et s. (droit prospectif).

¹⁰²⁹ V. *supra* n° 245 et s.

¹⁰³⁰ V., par exemple, l'interdiction de soumettre à un agrément les successions à l'égard des SAS : *supra* n° 256-1.

trop souvent imprécis, en dépit de l'objectif de sécurité que s'était assigné le législateur de 1966¹⁰³¹.

267-1. L'agrément en cas de liquidation du régime matrimonial d'un associé : une réforme incomplète. Ce fait générateur est mentionné uniquement dans deux textes concernant la SARL et le droit commun des sociétés par actions. Une telle restriction ne s'explique autrement que par la démarche du législateur, laquelle consista à définir le domaine de l'agrément au cas par cas, pour chaque type sociétaire¹⁰³². L'emploi de cette méthode se constate également lors des dernières réformes. Ainsi l'ordonnance du 24 juin 2004 a-t-elle élargi le champ de l'interdiction des clauses d'agrément des sociétés par actions¹⁰³³ : celle-ci ne concerne plus seulement la communauté de biens, mais plus largement, l'ensemble des régimes matrimoniaux. Dès lors, par comparaison avec le texte de la SARL, lequel ne vise que la communauté de biens, il semble qu'il faille déduire de l'absence de mention des autres régimes matrimoniaux, leur exclusion du champ d'application de l'article L. 223-13 du Code de commerce. En outre, la rédaction de celui-ci suscite une autre question. Son alinéa 1^{er} décrit certes les opérations juridiques libres d'agrément par référence aux faits générateurs, mais son alinéa 2 permet de stipuler des clauses d'agrément dont le champ d'application est seulement défini par les personnes susceptibles d'y être soumises¹⁰³⁴. Par conséquent, si une telle clause vise « le conjoint », sans autre précision, s'applique-t-elle uniquement à la liquidation de la communauté de biens ou, le plus largement possible, à tous les actes juridiques susceptibles de le concerner, y compris la succession de son époux associé ?

267-2. L'agrément en cas de succession d'un associé : un régime disparate. Des reproches similaires peuvent être adressés aux transmissions successorales, spécialement à l'égard de deux types sociétaires pour lesquels les textes suscitent des interrogations.

S'agissant de la SAS, le texte autorisant la stipulation d'une clause d'agrément ne vise que les cessions¹⁰³⁵. *Quid* des successions ? Une mention expresse de ce fait générateur dans la clause semble nécessaire pour être efficace, bien qu'une interprétation stricte du texte s'y oppose¹⁰³⁶. S'agissant de la SNC, la question se pose de savoir comment articuler le régime de l'agrément en cas de cession, avec celui applicable en cas de succession, lequel présente la particularité de faire

¹⁰³¹ BOULOC (B.), « L'objectif de sécurité dans la loi du 24 juillet 1966 », *Rev. sociétés* 1996, p. 437.

¹⁰³² La jurisprudence admet d'ailleurs l'assimilation du mot « cession » à ce fait générateur, v. en ce sens, *supra* n° 222.

¹⁰³³ C. com., art. L. 228-24.

¹⁰³⁴ En effet, celui-ci dispose que « [...] les statuts peuvent stipuler que le conjoint, un héritier, un ascendant ou un descendant ne peut devenir associé [...] ».

¹⁰³⁵ V. *supra* n° 120.

¹⁰³⁶ V. *supra* n° 256 et s.

encourir à la société, un risque de dissolution si les personnes visées par la clause de continuation sont ultérieurement refusées.

Plus généralement, certaines notions suscitent également l'interrogation. En effet, les personnes susceptibles d'être soumises à l'agrément en cas de succession ne sont pas définies unitairement. Le texte de la société civile mentionne ainsi les héritiers ou les légataires de l'associé décédé, tandis que celui de la SARL vise les héritiers ou les personnes désignées par dispositions testamentaires et, enfin, celui relatif aux actions désigne, sans autre précision, les cas de succession. Or, une référence unique à la personne des successibles ne serait-elle pas plus appropriée¹⁰³⁷ ? Ces incertitudes sont le plus souvent créées par la formulation des textes, mais d'autres sont issues de leur silence : tel est le cas des opérations de restructuration pour lesquelles se pose la question de la licéité des clauses d'agrément les visant.

267-3. L'agrément en cas d'opérations de restructuration : un régime à confirmer.

L'absence de mention légale des opérations de restructuration doit-elle s'interpréter comme une interdiction de les soumettre à un agrément¹⁰³⁸ ? Différente de celle de leur assimilation à une cession, cette question se pose avec d'autant plus d'acuité en présence d'actions, que l'agrément est susceptible de porter atteinte au principe de leur libre négociabilité¹⁰³⁹. Mais depuis 2003, les doutes existants sur la validité d'une telle clause ont été levés au nom de la liberté contractuelle¹⁰⁴⁰. Un arrêt du 15 mai 2007 a complété le principe de cette licéité en affirmant que « [...] rien n'interdit l'application d'une clause d'agrément à des opérations de fusion par une mention expresse des statuts, la mise en œuvre d'une telle stipulation n'est affectée d'aucune impossibilité »¹⁰⁴¹. Outre cette confirmation, l'arrêt susvisé est également remarquable par son exigence d'une mention expresse des opérations de restructuration, dans le champ d'application de la clause. Celle-ci constitue une progression par rapport à la jurisprudence antérieure, laquelle laissait à l'appréciation des juges du fond l'interprétation des termes de la clause. À titre d'exemple, le mot « transfert » pouvait être interprété différemment selon le contexte sémantique, parfois même, jusqu'à nier sa synonymie avec le terme « transmission »¹⁰⁴². Cependant, même si cette exigence sécurise l'interprétation de la clause, elle crée un autre risque : celui de sanctionner les sociétés

¹⁰³⁷ V. *supra* n° 251 et s.

¹⁰³⁸ Pour la réponse apportée à cette question, v. *supra* n° 203 et s.

¹⁰³⁹ Pour plus de précisions sur ce principe, v. *supra* n° 371 et s.

¹⁰⁴⁰ Cass. com., 6 mai 2003, (2 arrêts), n° 01-12.567, Société Sanofi-Synthelabo c/ Société Laboratoires Yves Rocher, et n° 01-30.172, Société Financière des laboratoires Yves Rocher c/ Société Sanofi-Synthelabo, *Bull. civ.* 2003, IV, n° 70, p. 79 ; *D.* 2003, p. 1438, note (A.) LIENHARD ; *RTD com.* 2003, p. 525, obs. (J.-P.) CHAZAL et (Y.) REINHARD ; *D.* 2004, p. 273, note (J.-Cl.) HALLOUIN ; *Dr. et patrimoine* octobre 2003, n° 119, p. 36, obs. crit. (J.-P.) BERTREL. *Préc.* CA Paris, 18 février 2000, *RTD com.* 2000, p. 390, note (Y.) REINHARD ; v. *supra* n° 201 et s.

¹⁰⁴¹ Cass. com., 15 mai 2007, n° 06-13.484, Société Eurofog c/ SAS Ixsea, *Bull. Joly Sociétés* 2007, p. 1075, note (M.) MENJUCQ. V. *supra* n° 266.

¹⁰⁴² V. *supra* n° 264.

dont les statuts n'auront pas été modifiés en conséquence de cette nouvelle règle¹⁰⁴³. La portée de cette décision nécessite dès lors d'être confirmée, afin de savoir si le texte des clauses d'agrément doit spécialement mentionner ces opérations de restructuration.

Cette incertitude s'ajoutant aux précédentes, leur existence souligne la nécessité d'unifier le domaine de l'agrément afin de les résorber, spécialement par une formulation ouverte incluant le maximum de ses faits générateurs et bénéficiaires, ce que ne permet pas la rédaction actuelle de la majorité des textes¹⁰⁴⁴.

¹⁰⁴³ CA Rouen, 9 juin 2011, n° 10/05530, SA Dialogue c/ Association Logeo, *JurisData* n° 2011-011373, *Dr. sociétés* 2011, n° 10, comm. 171, (M.) ROUSSILLE ; *Bull. Joly Sociétés* 2011, p. 774, note (Ph.) MERLE. La portée de cet arrêt est néanmoins incertaine. V. *supra* n° 266.

¹⁰⁴⁴ *Comp.* néanmoins la rédaction des textes de la société européenne (*supra* n° 121) et des sociétés réglementées (*supra* n° 103).

Conclusion Chapitre I.

Des faits générateurs incertains.

268. Un nécessaire remaniement général. Les textes énoncent deux principaux faits générateurs de l'agrément : l'un explicitement, la cession des droits sociaux¹⁰⁴⁵, l'autre plus ou moins implicitement, leur transmission ; cette dernière étant déduite de la mention des cas de succession et de liquidation du régime matrimonial de l'associé¹⁰⁴⁶. Or, l'énumération légale de ces faits générateurs est une cause d'insécurité juridique, et donc de contentieux, pour deux raisons.

- D'une part, la loi n'en donne aucune définition, alors même qu'ils font figure de genre dont les espèces sont soit indéterminées, soit déterminées au cas par cas, dans le corpus de chaque société, mais sans pour autant constituer un ensemble cohérent¹⁰⁴⁷. Leur interprétation est, par conséquent, aléatoire. Si un fait générateur est admis pour une société, faut-il l'admettre par analogie pour celles dont la mention textuelle fait défaut ? La jurisprudence est, sur cette question, sujette à des tensions contradictoires : soit privilégier la lettre des textes, soit préférer l'intention des associés de protéger leur cercle par déduction de la seule stipulation de la clause d'agrément. De la sorte, les magistrats incluent parfois une liquidation de régime matrimonial dans le champ de l'agrément ne visant qu'une cession¹⁰⁴⁸, tandis qu'ils en excluent généralement une opération de restructuration¹⁰⁴⁹. Cette hésitation est accentuée par le fait que le législateur assimile ponctuellement certains faits générateurs à une cession, en raison d'une nature ou d'effets différents. Ainsi en est-il de la revendication de la qualité d'associé par le conjoint commun en biens¹⁰⁵⁰, de la souscription¹⁰⁵¹ ou de la location¹⁰⁵² de droits sociaux. À cet égard, il est remarquable de constater que l'acquisition de la qualité d'associé n'est pas nécessaire pour que

¹⁰⁴⁵ V. *supra* n° 191. Plus généralement, v. *supra* n° 90 et s.

¹⁰⁴⁶ V. *supra* n° 244 et s.

¹⁰⁴⁷ V. *supra* n° 193 et s.

¹⁰⁴⁸ V. *supra* n° 222.

¹⁰⁴⁹ V. *supra* n° 201 et s.

¹⁰⁵⁰ V. *supra* n° 210 et s.

¹⁰⁵¹ V. *supra* n° 213 et s.

¹⁰⁵² V. *supra* n° 215 et s.

l'agrément soit applicable. Cette solution légale serait dès lors transposable au démembrement de droits sociaux, peu important le parti pris sur la titularité de la qualité d'associé¹⁰⁵³.

- Et, d'autre part, le législateur établit également une corrélation entre la qualité du bénéficiaire de l'opération juridique et la source de l'agrément, laquelle varie en fonction du fait générateur en cause et de la forme sociale concernée. Au-delà des critiques qu'il peut être formulées à l'encontre de ces corrélations¹⁰⁵⁴, l'identité de ces bénéficiaires est parfois incertaine comme l'attestent les notions de « tiers proches »¹⁰⁵⁵ ou d'héritiers de l'associé. Le gendre d'un associé est-il un de ces proches ? Par héritiers, faut-il comprendre que sont désignés de la sorte, uniquement les héritiers *ab intestat*, ou également les légataires¹⁰⁵⁶ ? L'énumération légale est-elle exhaustive ou peut-elle faire l'objet d'extension ? Le besoin de cet élargissement peut se faire d'autant plus ressentir que les textes sont vieillissants, et ne sont pas à jour de l'évolution législative comme l'atteste l'absence de prise en compte du partenaire pacsé¹⁰⁵⁷.

Mais en dépit de ces constatations négatives, il existe, en droit positif, certaines dispositions dont une réforme pourrait s'inspirer : celles de la société européenne pour laquelle la loi ne précise ni un fait générateur précis de l'agrément, ni la qualité du bénéficiaire des droits sociaux, et cela afin de donner une portée maximale au champ d'application de l'agrément¹⁰⁵⁸. Ainsi serait-il souhaitable de modifier les textes par l'emprunt d'une formule générale, variable en fonction de l'importance de l'*intuitu personae*, telle que :

Les statuts [...] peuvent [ou doivent] soumettre à l'agrément de la société tout transfert [de droits sociaux ou de prérogatives sociétaires donnant un droit d'intervention aux assemblées]¹⁰⁵⁹.

¹⁰⁵³ V. *supra* n° 231 et s.

¹⁰⁵⁴ Pour les raisons et les critiques de ces corrélations, v. *supra* n° 125 et s.

¹⁰⁵⁵ V. *supra* n° 237 et s.

¹⁰⁵⁶ V. *supra* n° 249 et s.

¹⁰⁵⁷ V. *supra* n° 240 et s.

¹⁰⁵⁸ V. *supra* n° 122.

¹⁰⁵⁹ *Comp.* C. com., art. L. 229-11. Pour la proposition de rationalisation faite, v. *infra* n° 269 et s., et la proposition définitive de texte, v. *infra* annexe.

Chapitre II.

Un fait générateur généralisé.

269. Plan. Le constat de l'éparpillement des faits générateurs de l'agrément entre les différentes formes sociétaires appelle un droit commun. Cette élaboration n'est toutefois réalisable que par l'unification préalable des règles similaires et le maintien de certaines règles spécifiques. Ainsi la plupart des faits générateurs peuvent-ils être réunis sous la mention d'un transfert de prérogatives donnant un droit d'intervention dans les affaires sociales (Section I), tandis que certaines opérations spécifiques sont irréductibles à la généralité de ce mot. Ces faits générateurs nécessiteront, alors, d'être expressément mentionnés dans le droit prospectif en tant qu'exceptions (Section II).

Section I. Un transfert de prérogatives sociétaires.

270. Plan. Plusieurs raisons justifient le choix du terme « transfert » pour désigner le fait générateur de l'agrément (§I). En dépit de sa généralité, son objet nécessite toutefois d'être précisé comme englobant les prérogatives attribuant un droit d'intervention dans la société (§ II).

§ I. Le choix du terme « transfert ».

271. Plan. Le choix d'un terme unique pour désigner l'ensemble des faits générateurs de l'agrément permet d'unifier son domaine (I). Le mot « transfert » se révèle être en parfaite adéquation avec cet objectif (II).

I. La nécessité d'unifier les faits générateurs.

272. Une unification nécessaire afin de limiter les lacunes des textes et les risques liés à leur interprétation. La cession¹⁰⁶⁰, la succession¹⁰⁶¹, la liquidation du régime matrimonial¹⁰⁶², le nantissement¹⁰⁶³, la souscription¹⁰⁶⁴, la location¹⁰⁶⁵, ou encore, la revendication de la qualité

¹⁰⁶⁰ V. *supra* n° 192 et s.

¹⁰⁶¹ V. *supra* n° 248.

¹⁰⁶² V. *supra* n° 245.

¹⁰⁶³ V. *supra* n° 208 et s.

d'associé par le conjoint commun en biens¹⁰⁶⁶ sont autant d'opérations juridiques désignées par les textes comme étant des faits générateurs de l'agrément¹⁰⁶⁷. Cette énumération légale suscite néanmoins des doutes : est-elle exhaustive, ou peut-elle être élargie par une interprétation extensive ? En outre, celle-ci n'est pas générale mais spécifique à chaque forme sociale : la loi n'énumère ainsi ponctuellement que quelques-uns de ces faits générateurs, chacun suscitant leurs propres interrogations. Le domaine de l'agrément apparaît alors comme étant des plus aléatoires.

Afin de pallier ses lacunes et incertitudes, supprimer leur cause est nécessaire. Celle-ci se devine aisément : elle provient d'une rédaction trop pointilleuse des textes. En voulant tout prévoir¹⁰⁶⁸, le législateur ne pouvait qu'immanquablement rater son objectif. L'apparition d'opérations juridiques hors du contexte légal est de nature à susciter des incertitudes, tant sur la licéité des clauses d'agrément que sur l'interprétation de leur rédaction. Un remède consisterait à substituer aux hypothèses susvisées la mention d'un fait générateur plus général, susceptible de toutes les englober. Par sa généralité, le mot « transfert » semble être un palliatif efficace aux insuffisances constatées.

II. L'adéquation du terme « transfert ».

273. Une adéquation pour trois principales raisons. En premier lieu, la substitution du mot « transfert » à l'ensemble des faits générateurs de la procédure d'agrément est préconisée en raison de sa définition. En effet, son champ d'application est plus large que celui d'une cession ou d'une transmission. Le transfert renvoie à une « opération juridique de transmission d'un droit, d'une obligation, ou d'une fonction [...]. Il désigne aussi bien le résultat de l'opération, l'effet translatif [...] que l'opération même »¹⁰⁶⁹. Il s'y ajoute les transferts à titre isolé comme les transferts à titre universel¹⁰⁷⁰. En outre, ce terme s'accommode tant d'une conception personnaliste de la société que d'une conception financière puisqu'il peut avoir pour objet une obligation ou un bien.

En second lieu, ce mot est déjà inscrit dans des textes ne suscitant pas de controverses d'interprétation. L'étude de la source de l'agrément a révélé que seules quelques sociétés

¹⁰⁶⁴ V. *supra* n° 220.

¹⁰⁶⁵ V. *supra* n° 215.

¹⁰⁶⁶ V. *supra* n° 210 et s.

¹⁰⁶⁷ V. *supra* n° 191 et s.

¹⁰⁶⁸ V. en ce sens : *JO Sénat CR*, 27 avril 1966, p. 348 ; *JO AN CR* 27 avril 1966.

¹⁰⁶⁹ CORNU (G.), (sous la direction de), *Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant*, préf. G. Cornu, P.U.F., coll. Quadridge, 11^{ème} éd., 2016, v. « Transfert ».

¹⁰⁷⁰ V. la conclusion faite à propos des extensions du champ d'application du mot « cession » : *supra* n° 234.

bénéficiaient de textes clairs à cet égard : les sociétés réglementées¹⁰⁷¹ et la société européenne¹⁰⁷². Le choix de cette simplicité est d'autant plus justifié que, de par sa généralité, le terme « transfert » assure la sécurité des premières, lesquelles ont vocation à demeurer fermées aux tiers, tandis que le texte des secondes est issu d'une norme européenne témoignant ainsi de sa compatibilité avec un contexte extranationale.

En troisième et dernier lieu, cette solution est en partie confortée par la jurisprudence qui, lorsqu'elle interprète les clauses statutaires, en adopte une conception large comme incluant le plus grand nombre de faits générateurs¹⁰⁷³, à condition toutefois qu'il ne soit pas accompagné d'une liste limitative¹⁰⁷⁴.

274. *De lege feranda.* La substitution du terme « transfert » à l'ensemble des faits générateurs actuellement énoncés dans les textes contribuerait à unifier la procédure d'agrément. Quelle que soit la structure sociétaire, quelle que soit la nature de ses droits sociaux, la généralisation d'un unique fait générateur permettrait de supprimer des disparités légales parfois injustifiées. Celui-ci présenterait comme autre avantage d'éviter aux statuts d'avoir à corriger les imperfections légales et le risque d'interprétation qui en découle. Cependant, afin de garantir cet effet, cette généralité ne saurait être absolue. L'objet du transfert nécessiterait d'être précisé par la loi, afin de neutraliser non seulement un transfert indésiré de la qualité d'associé, mais aussi l'éventualité de toute intervention d'un tiers dans la société.

§ II. La précision de l'objet du transfert.

275. Un transfert de la qualité d'associé mais aussi d'un droit d'intervention dans la société. L'objet de ce fait générateur nécessite d'être précisé car, pour accomplir sa finalité protectrice, l'agrément ne doit pas uniquement s'appliquer aux opérations juridiques impliquant le transfert de la qualité d'associé. Adopter ce point de vue serait trop restrictif. Il omet nombre d'opérations par lesquelles un tiers peut intervenir au sein de la société, sans pour autant acquérir la qualité d'associé. Plus généralement, il s'agit des opérations juridiques par lesquelles le tiers ne reprend pas les apports de son ayant cause mais, par lesquelles, il acquiert toutefois le droit

¹⁰⁷¹ V. *supra* n° 103.

¹⁰⁷² V. *supra* n° 121.

¹⁰⁷³ V. *supra* n° 217. *Contra* en présence d'une opération de restructuration, v. *supra* n° 203

¹⁰⁷⁴ V. pour des exemples discutables d'interprétation, *supra* n° 264.

d'intervenir dans la société, comme le transfert de la jouissance des droits sociaux réalisé par leur location ou leur démembrement¹⁰⁷⁵.

Dès lors, afin de neutraliser le risque de cette immixtion dans la société, le fait générateur de l'agrément doit avoir un objet général visant le « transfert de prérogatives sociétaires ». Cette expression s'impose en raison de la position contractuelle que représente les droits sociaux¹⁰⁷⁶ ; peu important que l'accès au capital social ainsi conféré soit direct ou indirect. Cette conclusion, en apparence novatrice, ne bouleverse guère le droit positif en réalité : le législateur l'a déjà admise pour la location et le crédit-bail de droits sociaux¹⁰⁷⁷. De plus, le droit commun des sociétés par actions admet aussi « [...] la cession d'actions ou de valeurs mobilières donnant accès au capital, à quelque titre que ce soit » ; disposition de laquelle se déduit un champ d'application maximal des faits générateurs de l'agrément¹⁰⁷⁸. Ainsi la solution suggérée permettrait-elle de généraliser ces dispositions ponctuelles.

Bien qu'extensive, la formule d'un « transfert de prérogatives sociétaires » ne pourrait en revanche, pas s'appliquer à l'hypothèse d'une prise de contrôle rampante par l'intermédiaire du contrôle d'un associé – personne morale¹⁰⁷⁹. L'effet relatif des contrats, ainsi que l'écran de la personnalité morale de l'associé, s'y opposent. En outre, la finalité de l'agrément serait dépassée : celui-ci ne peut permettre un contrôle indirect de la personnalité des associés composant la société - associée. À charge alors pour les statuts d'anticiper un tel risque. Par ailleurs, il existe d'autres limites au champ d'application de ce fait générateur qu'est le transfert. Ces exceptions concernent les opérations juridiques ne générant pas d'effet translatif. Comme en droit positif¹⁰⁸⁰, leur encadrement devrait donc relever du domaine de la loi et non de celui des statuts, car ces opérations n'excèdent pas la finalité de l'agrément.

¹⁰⁷⁵ Selon une conception personnaliste de la société, le démembrement des droits sociaux réalise le transfert de certains droits subjectifs de l'associé (créance, droit de vote) ayant pour objet la perception des dividendes (v. *supra* n° 169).

¹⁰⁷⁶ V. *supra* n° 165 et s.

¹⁰⁷⁷ V. *supra* n° 215 et s.

¹⁰⁷⁸ V. *supra* n° 213. Hormis les hypothèses de ses interdictions, v. en ce sens, *supra* n° 98 et n° 118.

¹⁰⁷⁹ V. *supra* n° 199 et s.

¹⁰⁸⁰ V. pour la revendication de la qualité d'associé encadrée par l'article 1832-2 du Code civil, *supra* n° 210, et dans une moindre mesure, pour la souscription de droits sociaux, *supra* n° 213.

Section II. Quelques faits générateurs irréductibles.

276. **Plan.** La plupart des faits générateurs de l'agrément ont un effet translatif, qu'il s'agisse de céder la qualité d'associé ou seulement quelques prérogatives donnant un droit d'intervention au sein de la société. Ainsi le nantissement réalise-t-il un transfert car, même forcé, il a avant tout les effets d'une vente. Pareillement, si l'apport de droits sociaux n'est pas assimilable à une vente, il emporte un transfert entre vifs de ces derniers. En dépit de cette généralité, deux faits générateurs sont irréductibles à la qualification de « transfert », car ils résultent non pas d'un acte translatif, mais seulement d'un acte de volonté. Il s'agit de la souscription de droits sociaux (§ I) et de la revendication de la qualité d'associé par le conjoint commun en biens (§ II).

§ I. La souscription de droits sociaux

277. **Un acte créateur et non translatif.** En souscrivant au capital social, l'associé ou le futur associé réalise un apport lequel se définit comme « le contrat par lequel [celui-ci] affecte un bien ou un droit à la société en contrepartie de la remise de titres sociaux (C. civ., art. 1843-3) »¹⁰⁸¹. Cette définition est discutable, mais elle a toutefois un mérite au regard de l'agrément.

Discutable, cette définition l'est en ce sens qu'elle confond le contrat et l'obligation qui en découle. Qualifier la souscription de contrat entre l'associé et la société suppose non seulement que celui-ci existe à côté du contrat unissant les associés, mais aussi, que leur groupement ait la personnalité morale, sans cet attribut, la société n'existe pas en tant que personne juridique, et encore moins en tant que contractant¹⁰⁸². *Quid* le cas échéant ? Sont-ils dispensés de réaliser un apport en l'absence de son immatriculation ? Répondre positivement à cette question semble exclu car l'apport, et l'aléa supporté à sa suite, caractérisent précisément la qualité d'associé¹⁰⁸³. La qualification de l'apport nécessite ainsi d'être déplacée de contrat à celle de simple obligation : il n'est pas une manifestation de volonté mais une résultante de celle-ci, la souscription, il concrétise le lien de droit existant entre l'associé et son groupement, que ce dernier soit doté ou non de la personnalité morale. L'exécution de cette obligation autorise l'attribution corrélative de prérogatives et d'obligations liées à la gestion de la chose apportée. Au contraire, son retrait sous

¹⁰⁸¹ COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (Fl.), *Droit des sociétés*, Litec, coll. Manuel, 29^{ème} éd., 2016, p. 64, n° 125.

¹⁰⁸² V. en ce sens : BUCHBERGER (M.), *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé*, préf. M. Germain, éd. Panthéon-Assas, coll. Thèses, 2011, p. 22, n° 3.

¹⁰⁸³ V. en ce sens : VIANDIER (A.), *La notion d'associé*, préf. F. Terré, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, t. 156, 1978.

la forme d'une cession de la participation marque la fin de l'engagement sociétaire qu'avait créé la souscription au capital social.

Cette définition a le mérite de souligner la nature de la souscription : elle est un acte créateur et non un acte translatif de droits sociaux qui, en dépit de cela, a quand même pour effet de modifier le pacte social, et ainsi, la composition initiale de l'*intuitu personae*. Dès lors, cet acte doit être logiquement intégré aux faits générateurs de l'agrément. En raison de cette nature particulière, sa mention expresse dans le droit prospectif de l'agrément serait requise¹⁰⁸⁴. Celle-ci éviterait les interrogations liées à la détermination du champ d'application de l'agrément comme il en existe actuellement. Une constatation similaire sera faite à l'égard de la revendication de la qualité d'associé par le conjoint commun en biens.

§ II. La revendication du conjoint commun en biens.

Ce fait générateur est une fiction juridique, c'est-à-dire, qu'il constitue une « altération d'un ou plusieurs concepts juridiques par la méconnaissance soit des conditions logiques, soit des effets logiques de leur application »¹⁰⁸⁵. En tant que telle, sa mention doit dès lors être reprise spécifiquement dans le droit prospectif. Elle présenterait, en outre, des avantages théoriques et pratiques.

278. Une fiction juridique. Contrairement aux autres faits générateurs de l'agrément, cette revendication ne résulte pas d'une acquisition de droits sociaux : elle se fonde sur un droit légal posé à l'article 1832-2 du Code civil offrant au conjoint la possibilité de demander la qualité d'associé lorsque les droits sociaux ont été acquis par son époux, avec des biens communs¹⁰⁸⁶. Certes, cette acquisition lui ouvre la possibilité d'exercer sa revendication, mais elle apparaît comme un fait générateur indirect, car seule l'expression de sa volonté à travers la notification de sa demande d'agrément déclenche effectivement la procédure. Ce droit permet donc à une personne de postuler à l'obtention de la qualité d'associé, du seul fait de l'emploi de fonds communs, alors même que l'intention initiale de s'associer appartient à son époux.

Cette revendication s'analyse ainsi comme une fiction juridique car elle déroge à la logique de l'agrément : la finalité de cette demande semble plus patrimonialiste que personaliste, elle a davantage vocation à protéger le conjoint que la société. La mention expresse de ce fait générateur particulier serait dès lors requise dans le droit prospectif, en tant qu'exception au principe du transfert comme fait générateur unique.

¹⁰⁸⁴ Pour une proposition de rédaction, v. *infra* annexe.

¹⁰⁸⁵ WICKER (G.), *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, préf. J. Amiel - Domat, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, t. 253, 1997, p. 5, n° 2-2.

¹⁰⁸⁶ Pour son analyse, v. *supra* n° 210.

De plus, si le principe d'un tel droit est légitime au regard de la communauté matrimoniale¹⁰⁸⁷, du point de vue du droit des sociétés, cette éventualité est néanmoins dangereuse pour les structures qui entendent rester fermées. Ce danger provient du fait qu'une clause d'agrément visant spécialement cette hypothèse est actuellement exigée pour être opposable au conjoint revendiquant¹⁰⁸⁸.

279. Les avantages pratiques et théoriques du droit prospectif suggéré. *De lege feranda*, l'application d'un agrément obligatoire permettrait de pallier l'absence d'anticipation de cette hypothèse par les statuts. En outre, celui-ci présenterait d'autres vertus pratiques comme celle d'épargner aux associés une modification lourde et coûteuse de ces derniers, mais aussi, de neutraliser l'éventualité d'une revendication malveillante en cours de divorce, comme l'y autorise la jurisprudence¹⁰⁸⁹.

Au-delà de ces aspects, cette solution avant tout inspirée du droit des sociétés aurait aussi des avantages théoriques. Puisqu'une conception personnaliste de la société privilégie sa qualification en tant que contrat entre les associés, il serait logique que son effet relatif soit opposé au tiers, conjoint. Conformément à une jurisprudence bien établie¹⁰⁹⁰, les parts n'entreraient donc en communauté que pour leur valeur.

Si cette proposition est vivement critiquée pour ne pas permettre une qualification matrimoniale des droits sociaux acquis grâce à des biens communs¹⁰⁹¹, elle semble pourtant être la

¹⁰⁸⁷ La nécessité de préciser cette hypothèse dans un texte est néanmoins discutée, v. en ce sens : RABREAU (A.), « Plaidoyer pour la suppression de l'article 1832-2 du Code civil », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Germain*, LexisNexis, L.G.D.J., 2015, p. 697, spéc. n° 17 : « La suppression du texte conduit le conjoint à être privé du droit d'acquérir la qualité d'associé et avec elle les droits qui y sont attachés. [...] Cependant, la mesure peut être très largement atténuée si l'on accepte de (re)considérer les outils de protection du conjoint dans la loi matrimoniale ».

Adde CAPORALE (F.), « Société et communauté entre époux », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Paul Le Cannu, Le droit des affaires à la confluence de la théorie et de la pratique*, Lextenso éditions, 2014, p. 667.

¹⁰⁸⁸ V. *supra* n° 211.

¹⁰⁸⁹ Cass. com., 18 novembre 1997, *Bull. civ.* IV, n° 298, *Bull. Joly Sociétés* 1998, p. 221, note (J.) DERRUPÉ ; *D.* 1998, somm. p. 394, obs. (J.-Cl.) HALLOUIN ; *Dr. sociétés* 1998, p. 10, n° 22, obs. (Th.) BONNEAU ; *RTD civ.* 1998, p. 889, note (J.) HAUSER. Cette décision est pourtant juridiquement justifiée car la communauté de biens réduite aux acquets prend fin à la date du prononcé du divorce.

Sur ce point, v. plus précisément les propos de : CAPORALE (F.), *art. préc.*, « Au moment du divorce, par malveillance, le conjoint peut décider de mettre en œuvre sa faculté de revendication dans le seul dessein de nuire à l'autre et ainsi le conflit entre époux s'invite dans la société ! »

¹⁰⁹⁰ Cass. 1^{ère} civ., 9 juillet 1991, *Bull. civ.* 1991, I, n° 232, *Deffrénois* 1991, 35152, obs. (P.) LE CANNU ; Cass. 1^{ère} civ., 4 juillet 2012, *Bull. civ.* 2012, I, n° 155, *JCP G* 2012, p. 1104, note (G.) PAISANT ; *Bull. Joly Sociétés* 2012, p. 608, note (E.) NAUDIN ; Cass. 1^{ère} civ., 12 juin 2014, *D.* 2014, p. 2434, note (A.) RABREAU ; *Deffrénois* 2014, p. 1093, note (V.) BARABÉ - BOUCHARD.

¹⁰⁹¹ Exposant les différentes qualifications possibles : CAPORALE (F.), *art. préc.* : « Pourtant, cette question de la nature juridique des parts sociales acquises avec des biens de communauté a inspiré de savants écrits, parmi lesquels figurent des thèses de doctorat. [...] les juristes ont, sans surprise, mené leurs réflexions tant dans une voie dualiste que dans une voie unique. Les partisans de la simplification à l'extrême ont penché vers le monisme, en essayant de démontrer que les parts sociales, acquises par emploi de fonds communs, étaient des biens propres par nature ; la communauté ayant seulement droit à récompense, comme le prévoit l'article 1404 du Code civil. Leur position a été – à juste titre – vigoureusement critiquée [...]. Les solutions dualistes sont plus anciennes et sont aussi plus convaincantes. [...] La thèse dissociant le titre de la finance a été adoptée par la jurisprudence dès 1853. [...] Pourtant la doctrine majoritaire la condamne, en utilisant des termes sévères. Elle estime que différencier le titre de la

seule opportune en droit des sociétés. Non seulement justifiée par la nature contractuelle de la société et spécialement par les rapports *intuitu personae* entre les associés, elle permettrait également d'unifier le droit applicable tant aux parts sociales qu'aux actions ; ces dernières étant tout aussi susceptibles d'être émises par une société fermée qu'une société ouverte¹⁰⁹². L'article 1832-2 du Code civil jusqu'alors réservé aux seules parts sociales perdrait en efficacité, confortant à cet égard les opinions prônant son inanité¹⁰⁹³. Il le serait d'autant plus que la mise en œuvre de son régime serait absorbée par l'unification suggérée de la procédure d'agrément¹⁰⁹⁴. Dissipant ainsi les questionnements liés à son régime, cette disposition n'aurait alors plus qu'une vertu pédagogique afin d'informer de l'existence de ce droit de revendication, du moins, si la suffisance de la législation relative à la communauté réduite aux acquêts était admise pour fonder son existence¹⁰⁹⁵.

valeur est artificiel, inutile et dépassé. Elle préfère dissocier la qualité d'associé, qui est de nature extrapatrimoniale, des droits sociaux qui sont des biens patrimoniaux ».

Rappr. SIMLER (Ph.), « La distinction du titre et de la finance justifie-t-elle un pouvoir exclusif de disposition ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Germain*, LexisNexis – Lextenso, 2015, p. 565.

¹⁰⁹² *Comp.* des solutions discutables prononcées en présence d'actions, v. notamment : Cass. 1^{ère} civ., 4 décembre 2013, n° 12-26.693, Hector c/ Thomas-Lamotte, *JurisData* n° 2013-028018 ; Cass. 1^{ère} civ., 23 octobre 2013, n° 12-17.896, P., Del Pino c/ Petit, *JurisData* n° 2013-02305, *Bull. Joly Sociétés* 2014, p. 144, note (H.) LÉCUYER ; Cass. 1^{ère} civ., 7 octobre 2015, n° 14-22.224, F-P+B, Kemper divorcée Stamm c/ Stamm, *Dr. Sociétés* 2015, comm. 208, note (R.) MORTIER ; *Bull. Joly Sociétés* 2016, p. 77, note (E.) NAUDIN. *Adde* MONSÈRIÉ-BON (M.-H.), « Cession de droits sociaux et régime de communauté : des solutions surprenantes », *Dr. sociétés* 2016, n° 12, étude 16.

¹⁰⁹³ V. en ce sens, RABREAU (A.), *art. préc.*

Il n'est pas pour autant certain que les actions libres d'agrément soient qualifiables de biens communs par nature. Ce qui crée l'opposabilité de la cession à la société est l'inscription en compte des actions. Cependant, si le compte n'est pas commun au couple, alors la société ne peut reconnaître que l'époux titulaire du compte en tant qu'associé.

¹⁰⁹⁴ V. *infra* n° 285.

¹⁰⁹⁵ *Ibid.*

Conclusion Chapitre II.

Un fait générateur généralisé.

280. Le principe d'un transfert de prérogatives sociétaires sauf exceptions. Légiférer est un art difficile. L'étude des faits générateurs de l'agrément sociétaire illustre les travers d'une législation trop pointilleuse. Source de lacunes et d'incertitudes, l'énumération légale de ces derniers suscite des hésitations entre leur interprétation littérale ou extensive. En outre, le législateur semble être tombé dans le piège de la technique, laquelle nécessite une rédaction plus souple des textes afin de pouvoir s'adapter aux besoins de la pratique. Ainsi l'absence de mention légale des opérations de restructuration suscite-t-elle d'épineuses questions en jurisprudence. Un autre exemple concerne l'absence d'agrément en cas de liquidation de la communauté de biens d'un associé de SARL. Cette mention se comprend-elle strictement, ou une interprétation extensive est-elle préférable, à l'instar de l'élargissement à l'ensemble des régimes matrimoniaux réalisé récemment par la loi, en présence de sociétés par actions ? De même, le texte de la SAS ne visant que « les cessions » exclut-il les successions du champ d'application d'une éventuelle clause d'agrément¹⁰⁹⁶ ?

Ces quelques exemples illustrent le besoin d'unifier ces faits générateurs afin d'éviter la complexité générée par une législation trop détaillée. Trois raisons militent en faveur de la substitution du mot « transfert » aux énumérations légales actuelles¹⁰⁹⁷.

- D'une part, sa définition révèle qu'il s'applique tant aux cessions qu'aux transmissions. Son champ d'application est dès lors vaste puisqu'il inclut les cessions et l'ensemble des transmissions, sans distinction, qu'il s'agisse d'une liquidation du régime matrimonial de l'associé, de sa succession, ou d'opérations de restructuration. En outre, il s'applique aux opérations ayant pour objet des biens ou des obligations, ce qui témoigne de sa compatibilité avec une conception personnaliste de la société.

- D'autre part, ce mot est déjà inscrit dans des textes ne suscitant pas de contentieux.

¹⁰⁹⁶ V. *supra* n° 256 et s.

¹⁰⁹⁷ Pour plus de détails, v. *supra* n° 271 et s.

- Enfin, lorsque la jurisprudence interprète les clauses d'agrément, elle admet qu'il a la plus large portée.

Sa généralité connaît cependant des limites. Celles-ci tiennent à la nature de l'objet transféré et à la spécificité de certains faits générateurs. Ainsi le droit prospectif nécessiterait-il de préciser que le transfert n'a pas uniquement pour objet la qualité d'associé, mais aussi plus largement, l'attribution de prérogatives sociétaires¹⁰⁹⁸. Cette dernière précision est nécessaire car des opérations telle la location, ou le démembrement de droits sociaux qui, sans pour autant accorder la qualité d'associé, confèrent à leurs bénéficiaires un droit d'intervention dans la société. Or, par son exercice, celui-ci est susceptible de nuire à la composition initiale des forces au sein de la société. De plus, le droit prospectif mentionnerait également certains faits générateurs dont l'existence ne dépend pas d'un transfert, mais d'un acte de volonté. Tel est le cas d'une souscription de droits sociaux ou de la revendication de la qualité d'associé par le conjoint commun en biens¹⁰⁹⁹.

¹⁰⁹⁸ V. *supra* n° 275 et s.

¹⁰⁹⁹ V. *supra* n° 277 et *supra* n° 278.

Le texte de la proposition pourrait être rédigé de la façon suivante : « L'agrément est obligatoirement requis lors du transfert de droits sociaux ou de prérogatives sociétaires, à moins que la loi des sociétés n'autorise les statuts à y déroger.

Il s'applique également en cas de souscription de droits sociaux ou de leur revendication par le conjoint commun en biens. »

Conclusion Titre II.

Les faits générateurs de l'agrément.

281. Un remède aux incertitudes contenues dans les textes du droit positif. Deux facteurs en droit positif rendent la détermination des faits générateurs de l'agrément incertaine.

- D'une part, les textes de chaque structure sociétaire les mentionnent au cas par cas. Si la cession et la transmission à travers la liquidation du régime matrimonial et la succession de l'associé sont les faits générateurs les plus courants, il existe toutefois des spécificités disséminées dans le corpus d'une structure à une autre. Sans exhaustivité, il est possible de citer comme exemple, l'absence de prévision de l'agrément en cas de nantissement pour certaines sociétés¹¹⁰⁰. De même, la souscription de droits sociaux n'est envisagée qu'à l'article 1832-2 du Code civil¹¹⁰¹ et pour les sociétés par actions¹¹⁰².

La difficulté consiste alors à savoir comment traiter les faits générateurs qui ne font pas l'objet de mention textuelle. La loi assimile certains à une cession en raison de la similarité de leur effet : celui d'un risque de l'intervention d'un tiers dans la société¹¹⁰³. En revanche, la jurisprudence a une position plus contrastée. Soit elle accepte une extension du champ d'application du texte en privilégiant l'intention des parties. Soit elle privilégie au contraire sa lettre, au risque d'aboutir à des situations absurdes¹¹⁰⁴. Cette ambivalence s'exprime particulièrement en présence d'une opération de restructuration¹¹⁰⁵. À cet égard, il semble que la formulation des clauses d'agrément la plus apte à l'inclure soit la mention d'un « transfert » des droits sociaux, sans autre précision¹¹⁰⁶.

- Et, d'autre part, la corrélation faite par la loi entre les faits générateurs et la qualité de certains demandeurs de l'agrément ne favorise guère la sécurité juridique, ni l'intelligibilité des textes. Des doutes existent ainsi sur la qualité des « tiers proches » de l'associé que le législateur a voulu favoriser en supposant plus ou moins leur *intuitu personae* vis-à-vis de la société¹¹⁰⁷.

¹¹⁰⁰ V. *supra* n° 208 et s.

¹¹⁰¹ V. *supra* n° 210 et s.

¹¹⁰² V. *supra* n° 213 et s.

¹¹⁰³ V. en ce sens : la revendication de la qualité d'associé par le conjoint commun en biens (v. *supra* n° 210 et s.), la location de droits sociaux (v. *supra* n° 215).

¹¹⁰⁴ V. l'exemple de l'affaire Yves Rocher, *supra* n° 204-2.

¹¹⁰⁵ V. *supra* n° 201 et s.

¹¹⁰⁶ V. *supra* n° 273 et s.

¹¹⁰⁷ V. *supra* n° 237 et s.

Contrairement à certains faits générateurs, la jurisprudence exclut à leur égard toute interprétation extensive et applique strictement la lettre des textes¹¹⁰⁸.

Pourtant, parmi eux, certains contiennent le remède pour corriger cet éclatement du domaine de l'agrément. Le texte de la société européenne définit un large champ d'application de cette clause en indiquant qu'elle peut viser « tout transfert d'actions »¹¹⁰⁹. De même, la plupart des textes relatifs aux sociétés réglementées ne lient pas le fait générateur de l'agrément et la qualité de son demandeur. Par conséquent, dans la lignée d'une unification de sa source, il serait tout à fait envisageable de généraliser le terme « transfert » comme étant son unique fait générateur. Toutefois, cette proposition nécessite deux précisions.

En premier lieu, son objet doit être compris comme le transfert de prérogatives sociétaires¹¹¹⁰. En effet, ce que l'agrément neutralise est non pas la seule acquisition de la qualité d'associé, mais plus spécifiquement, l'acquisition d'un droit d'intervention aux assemblées susceptible, par son exercice, de bouleverser l'*intuitu personae* du sociétariat.

En second lieu, certains faits générateurs sont irréductibles à la qualification de transfert en l'absence de production d'effet translatif : la souscription de droits sociaux et la revendication de la qualité d'associé par le conjoint commun en biens nécessiteraient d'être spécialement visées par la loi, avec une extension aux actions s'agissant de la revendication¹¹¹¹.

¹¹⁰⁸ V. *supra* n° 239.

¹¹⁰⁹ C. com., art. L. 229-11, al. 1.

¹¹¹⁰ V. *supra* n° 275.

¹¹¹¹ V. *supra* n° 276 et s.

Conclusion Partie I. D'un domaine aléatoire à un domaine clarifié.

282. Une possible reconstruction selon un principe directeur : celui de son unification. Composé de sources et de faits générateurs, le domaine de l'agrément se caractérise par ses oppositions : opposition entre la nature des droits sociaux qui lui sont soumis¹¹¹² ; opposition entre ses sources, qu'elles soient statutaires ou légales, impératives ou supplétives¹¹¹³ ; opposition entre ses faits générateurs que sont les cessions¹¹¹⁴ et les transmissions¹¹¹⁵ ; opposition, enfin, entre les bénéficiaires de l'opération juridique projetée que sont les héritiers¹¹¹⁶ ou les cessionnaires, ces derniers étant soit des associés¹¹¹⁷, soit des tiers, lesquels se dédoublent entre les tiers étrangers¹¹¹⁸ et les tiers proches¹¹¹⁹ de l'associé cédant.

De ces différentes oppositions, des principes et des exceptions se dégagent en apparence. Par exemple, en cas de cession de droits sociaux à un tiers, la source de l'agrément est en principe légale en présence de parts sociales, tandis qu'elle est statutaire en présence d'actions, sauf exceptions légales¹¹²⁰. Cette hypothèse semble envisagée par le législateur comme étant la plus courante puisqu'il la pose comme postulat général de nombreux textes.

Mais cette ligne de lecture est rapidement compliquée dès lors que d'autres situations se présentent. En effet, afin de faciliter certains transferts, le législateur a influé sur la source de l'agrément, laquelle peut être tantôt légale et supplétive de volonté, tantôt conventionnelle. L'agrément peut même, plus étonnamment, être interdit, comme à l'égard des proches d'un actionnaire. Ces spécificités aboutissent cependant à morceler sa source, au point de ne plus savoir quels sont les principes des exceptions. Ainsi, en cas de transmission successorale, l'agrément est d'origine statutaire dans toutes les sociétés¹¹²¹ à l'exception, paradoxale, de la

¹¹¹² V. *supra* n° 87.

¹¹¹³ V. *supra* n° 90 et s.

¹¹¹⁴ V. *supra* n° 192 et s.

¹¹¹⁵ V. *supra* n° 244 et s.

¹¹¹⁶ V. *supra* n° 249.

¹¹¹⁷ V. *supra* n° 92 et s.

¹¹¹⁸ V. *supra* n° 236.

¹¹¹⁹ V. *supra* n° 237 et s.

¹¹²⁰ V. par exemple *supra* n° 98 pour l'interdiction de soumettre les cessions au conjoint, aux descendants ou aux ascendants de l'actionnaire d'une SA.

¹¹²¹ Pour la SNC, v. *supra* n° 113 ; pour la société en commandite simple, v. *supra* n° 114 ; pour la société civile, v. *supra* n° 115 ; pour la SARL, v. *supra* n° 116 ; pour la société en commandite par actions, v. *supra* n° 119 ; pour la société européenne, v. *supra* n° 121.

société anonyme et de la commandite par actions pour lesquelles la stipulation d'un agrément est interdite¹¹²², et discutable pour la SAS¹¹²³. En revanche, cette opération semble incluse dans le champ du mot « transfert » visé à l'article L. 229-11 du Code de commerce relatif à la société européenne¹¹²⁴. Par ailleurs, toutes les opérations juridiques ne sont pas envisagées pour chaque société. À ce titre, l'hypothèse d'une liquidation du régime matrimonial d'un associé n'est prévue que par le droit commun des sociétés par actions dans le sens d'une interdiction de stipuler un agrément¹¹²⁵, tandis que pour la SARL, la liquidation de la communauté de biens peut au contraire être soumise statutairement à un agrément¹¹²⁶.

À la suite de l'énoncé de ces quelques exemples, une conclusion s'impose : l'ensemble des règles définissant le domaine de l'agrément fut rédigé sans ligne directrice, à tel point que celui-ci paraisse même aléatoire. Le législateur semble avoir été pris au piège d'une matière trop technique, pour laquelle il a élaboré des normes pointilleuses, au cas par cas, tout en oubliant la construction préalable d'un droit commun qui aurait permis de combler, pour l'avenir, les vides législatifs. Cette méthode est-elle pour autant si surprenante ? Non, car le contexte de la création de cette législation était celui d'une dominante institutionnelle du droit des sociétés. En ce sens, l'interventionnisme du législateur pour l'encadrer apparaissait légitime. Cette conception de la société contrarie cependant la finalité de l'agrément qui est de préserver l'*intuitu personae*, lequel se caractérise par sa subjectivité¹¹²⁷. Par conséquent, sa définition relevant par nature du contrat, elle devrait revenir aux associés et non au législateur.

Au-delà de cette critique fondamentale, les conséquences de cet empilement sont aussi dangereuses pour le justiciable qui risque d'être victime tantôt des lacunes de la loi, tantôt de son interprétation par la jurisprudence.

283. *De lege feranda.* Un remède à cet éclatement du droit consiste à s'interroger sur la viabilité de son unification. À cette fin, mener une réflexion sur les fondements de la notion en cause a été indispensable pour en dégager l'essence. Certaines questions guidèrent cette réflexion : quel est le fait à l'origine de l'ensemble de ces règles ? De quelle façon le droit traite-t-il usuellement cette situation ? Quels sont, au contraire, les événements ou les solutions exceptionnelles ? Une fois cette enquête réalisée, il s'est dégagé alors, d'une part, un ensemble de règles identiques pouvant être réunies sous la forme d'un principe et, d'autre part, des règles

¹¹²² V. *supra* n° 118 et s.

¹¹²³ V. *supra* n° 120.

¹¹²⁴ V. *supra* n° 121.

¹¹²⁵ V. *supra* n° 247.

¹¹²⁶ V. *supra* n° 246.

¹¹²⁷ V. *supra* n° 12 et s.

irréductibles à la généralité de ce dernier, tant à l'égard des faits générateurs que vis-à-vis de la source de l'agrément.

En effet, à son origine, se trouve la nécessité de préserver l'*intuitu personae* des relations entre les associés. Or ce besoin se constate non seulement pour les sociétés de personnes, mais aussi, pour les sociétés de capitaux. Dès lors, pourquoi ne pas généraliser son application à toutes les sociétés sous la forme d'une obligation ? Sa source, uniquement légale, serait de la sorte unifiée¹¹²⁸. D'apparence autoritaire, ce principe a en réalité davantage une vocation protectrice que dirigiste¹¹²⁹. Il permet à la fois une meilleure anticipation du risque qu'un tiers entre dans la société sans agrément, et une simplification des textes grâce à laquelle se réduiraient, corrélativement, les causes de contentieux liées à leur interprétation. En outre, l'application obligatoire de l'agrément se révèle conforme à l'essence même de la société, laquelle réside dans les relations contractuelles existant entre les associés¹¹³⁰. *De lege feranda*, cette généralisation augurerait la consécration d'une *summa divisio*, souvent plébiscitée, entre les sociétés fermées et les sociétés ouvertes¹¹³¹. Et même, plus généralement, une reconstruction du droit commun des sociétés sur la base d'une distinction entre le droit de la personnalité morale et celui des rapports internes du groupement¹¹³². Parmi ces règles, pourrait figurer le postulat théorique selon lequel ces rapports sont en principe gouvernés par l'*intuitu personae*, tant lors de la formation de la société que pendant son fonctionnement.

Dans une section spécifique au capital social, un paragraphe encadrant les mouvements des droits sociaux pourrait contenir le principe selon lequel l'agrément s'applique obligatoirement en cas de transfert de prérogatives sociétaires. La mention expresse de cet objet est justifiée par le fait que certaines opérations confèrent un pouvoir d'intervention à un tiers dans la société, mais sans lui transmettre la qualité d'associé¹¹³³. En revanche, d'autres faits générateurs ne résultent pas d'une opération translatrice à l'instar d'une souscription de droits sociaux et de la revendication de la qualité d'associé par le conjoint commun en biens¹¹³⁴. Faisant figure d'exception, le droit prospectif nécessiterait alors de les énoncer expressément. Cette mention serait utile car elle éviterait, notamment, de tomber dans les écueils actuels des textes. Enfin, le principe d'un agrément obligatoire connaîtrait quelques atténuations au sein du droit spécial de chaque société,

¹¹²⁸ V. *supra* n° 139 et s.

¹¹²⁹ V. *supra* n° 142 et s.

¹¹³⁰ V. *supra* n° 156 et s.

¹¹³¹ V. *supra* n° 176 et s.

¹¹³² V. *supra* n° 184 et s.

¹¹³³ V. *supra* n° 275 et s.

¹¹³⁴ V. *supra* n° 277 et s.

permettant de la sorte à certaines de se libérer de son application, ponctuellement ou totalement, respectant ainsi leurs caractéristiques actuelles¹¹³⁵.

Telle pourrait être la physionomie d'un droit des sociétés fermées, présidé par un droit commun de l'agrément. L'élaboration de ce dernier permettrait de regrouper une multitude de règles spéciales éparpillées entre les dispositions propres à chaque société, en quelques-unes seulement. Le renvoi au droit spécial serait alors résiduel, et limité aux spécificités structurelles nécessitant d'accorder la liberté aux statuts de dispenser l'agrément. Novatrice en apparence, cette proposition ne constituerait majoritairement rien d'autre qu'une réorganisation des règles existantes, autour d'une articulation entre leur droit commun et leur droit spécial, davantage conforme à la pratique que ne l'est la législation actuelle. Cette réorganisation serait, par ailleurs, totalement fondée : elle s'appuierait sur la nature même de la société, laquelle peut s'analyser, d'un point de vue interne, comme un contrat entre les associés ainsi que celle, corrélative, de la cession de droits sociaux en tant que cession de contrat¹¹³⁶.

Son adoption semble dès lors matériellement à la portée du législateur et présenterait, en outre, deux avantages.

- La mise en évidence de la conception personnaliste de la société serait d'abord susceptible de constituer une base pour la construction d'un droit des sociétés fermées.

- Ensuite, elle permettrait de limiter le risque de contentieux de deux façons. En premier lieu, une meilleure anticipation des mouvements de droits sociaux serait permise grâce à l'application obligatoire de l'agrément. Et, en second lieu, les textes étant en nombre inférieur, et répartis logiquement entre le droit commun et le droit spécial, alors, cette organisation générerait un droit certes plus abstrait, mais aussi plus accessible et, corrélativement, plus intelligible.

Cet objectif constitutionnel d'intelligibilité du Droit constituerait une des clés de voûte de la simplification législative requise à l'égard de la procédure d'agrément, et pour laquelle, à l'instar de son domaine, il conviendra de s'interroger sur les vertus correctrices du contrat de société.

¹¹³⁵ V. *supra* n° 145 et s.

¹¹³⁶ V. *supra* n° 164 et s.

Partie II.

D'une mise en œuvre complexe à une mise en œuvre simplifiée.

284. Plan. « Ennemie jurée de l'arbitraire, la forme est la sœur jumelle de la liberté ». Ce célèbre aphorisme de Jhering souligne la nécessité d'encadrer par des règles de forme les situations pour lesquelles plusieurs intérêts sont susceptibles de s'opposer. Le formalisme joue ainsi un rôle d'arbitre, empêchant un intérêt de prendre injustement le dessus sur l'autre. Garante de la liberté, la forme l'est également en matière d'agrément. À cet égard, le législateur a consacré une procédure minutieusement élaborée par la pratique¹¹³⁷, et qu'il a souvent corrigée dans le sens d'une meilleure protection du cédant¹¹³⁸. La procédure d'agrément et ses sanctions sont donc, en ce sens, une expression de l'ordre public sociétair. Un premier survol des textes révèle que leurs règles sont une source considérable de contentieux. Cette remarque déjà faite à propos du domaine de l'agrément force à comparer leurs causes : sont-elles les mêmes que celles précédemment observées¹¹³⁹, ou la complexité de la matière est-elle intrinsèquement justifiée ? Afin de répondre à cette question, il conviendra d'examiner les intentions ayant guidé le législateur lors de sa consécration et de ses modifications successives. La diversité de ces règles sera également mise en valeur par leur étude exhaustive, soulignant ainsi leur cohérence ou, au contraire, leurs incohérences.

In fine, sera-t-il possible de dégager une ligne directrice en vue de l'élaboration d'un régime de droit commun ? Cette potentialité n'est pas vaine. L'ensemble de ces règles n'existent pas pour toutes les sociétés, et ces différents vides créent une redoutable insécurité juridique dont une législation intelligible ne saurait se satisfaire. Or, cet adjectif ne semble pas approprié pour qualifier la législation actuelle en dépit du pointillisme encadrant le formalisme de la procédure d'agrément (Titre I) et de la rigueur sanctionnant son inobservation (Titre II).

¹¹³⁷ V. *supra* n° 31.

¹¹³⁸ En effet, l'intérêt de la société était souvent privilégié au détriment du droit de son associé d'en sortir, ou de celui de ses ayants droit d'être indemnisés de la valeur des parts ou des actions.

¹¹³⁹ V. *supra* n° 282 et s.

Titre I. La procédure d'agrément.

Titre II. Les sanctions de la procédure d'agrément.

Titre I.

La procédure d'agrément.

285. Plan. Autoriser ou rejeter une demande d'agrément dans le cadre du droit des sociétés requiert de respecter une procédure. Chronologiquement, son premier acte consiste à informer la société, par la notification de cette demande. Pour la plupart des structures sociétaires, la réponse doit être formulée pendant un certain délai. Le cas échéant, l'agrément est réputé acquis à son demandeur. Si la réponse est un refus, le formalisme suit un certain parallélisme, s'articulant principalement autour d'une obligation légale de rachat, des droits du cédant, par la société. Décrite de la sorte, cette procédure semble *a priori* simple. Elle a pour but de garantir un équilibre entre les intérêts antagonistes que représentent celui de la société, à travers la préservation de son *intuitu personae*, et celui, fondamental, de l'associé, de céder ses droits sociaux.

Toutefois, l'analyse du domaine de l'agrément a révélé qu'il souffrait de lacunes et d'incohérences à cause de règles édictées sans ligne directrice, d'une société à une autre, voire au sein du dispositif légal d'un même type sociétaire. Cet empilement irréfléchi se répercute-t-il sur ses règles procédurales ? Ou, au contraire, font-elles figure d'exception par leur cohérence ? Afin de répondre à ces questions, leur étude suivra un ordre chronologique : avant la décision sociale statuant sur la demande d'agrément, et postérieurement, si la réponse formulée est négative. En raison de son éventualité, la procédure encadrant cette dernière sera qualifiée de spéciale (Chapitre II), par rapport à la procédure générale s'appliquant automatiquement à toute demande d'agrément (Chapitre I). Cette démarche de classification chronologique réalisera le premier pas vers sa conceptualisation, laquelle sera éclairée par les solutions précédemment proposées pour rationaliser le domaine de l'agrément.

Chapitre I. Les règles générales de la procédure d'agrément.

Chapitre II. Les règles spéciales du refus d'agrément.

Chapitre I.

Les règles générales de la procédure d'agrément.

286. Plan. Précédant l'adoption de la décision statuant sur la demande d'agrément, ces règles générales concernent toutes les sociétés pour lesquelles une procédure légale est instituée¹¹⁴⁰. Mais elles présentent souvent des disparités d'une société à une autre. Cette constatation préalable oblige à en réaliser une étude exhaustive afin de savoir si ces différences sont justifiées (Section I). Cette démarche constituera, ainsi, la première étape de leur simplification, car il sera ensuite possible de suggérer leur unification, comme le maintien de certaines de leur spécificité (Section II).

Section I. Des règles générales perfectibles *de lege lata*.

287. Plan. Ces règles générales prévoient trois étapes : l'insertion de la clause d'agrément dans les statuts lorsque sa source est conventionnelle (sous-section I), la notification de la demande d'agrément (sous-section II) et, enfin, la décision sociale rendue à l'issue de sa procédure (sous-section III). Chaque ensemble sera étudié à l'aune de la lettre des textes lorsqu'ils existent, mais aussi, du contentieux suscité par leurs nombreuses imprécisions. Cette analyse sera l'occasion de soulever leurs failles rédactionnelles et, peut-être, comme pour le domaine de l'agrément¹¹⁴¹, d'en dégager quelques remèdes.

Sous-section I. La stipulation d'une clause d'agrément.

288. Plan. Cette stipulation nécessite de respecter des règles formelles (§ I), lesquelles ne sont pas toujours précisées par la loi. De plus, la spécificité de quelques-unes d'entre elles interpelle en présence de certains faits générateurs que sont le décès d'un associé, et la vente par adjudication de droits sociaux nantis (§ II).

¹¹⁴⁰ Elles s'opposent aux règles spéciales qui concernent le refus d'agrément ; ces dernières seront qualifiées ainsi en raison du caractère aléatoire de leur application, contrairement aux règles générales, qui sont systématiquement appliquées en présence d'une demande d'agrément.

¹¹⁴¹ V. en ce sens, *supra* n° 189, n° 281 et n° 283.

§ I. Le formalisme lié à la stipulation d'une clause d'agrément.

289. Plan. À l'exception de rares textes le mentionnant¹¹⁴², ce formalisme se déduit essentiellement du contentieux. Trois éléments le composent : les documents contenant la clause (I), le moment de son insertion ainsi que les règles de vote l'accompagnant (II) et, enfin, les mesures de publicité relatives à son adoption, sa modification, ou sa suppression dans les sociétés par actions (III). Ces dernières sont spécialement visées par la loi en raison de la source statutaire de leur agrément¹¹⁴³. Mais les réponses apportées à ce contentieux peuvent être étendues à toutes les formes sociales ayant la possibilité de stipuler une telle clause, quel que soit le fait générateur de l'agrément visé¹¹⁴⁴.

I. Les documents contenant la clause d'agrément.

290. Les statuts, à l'exclusion de tout autre document ou presque. L'agrément doit résulter d'une stipulation expresse des statuts. Cette règle fut déduite par la jurisprudence à partir de l'article L. 228-23, alinéa 1^{er} du Code de commerce, lequel dispose que : « la cession d'actions ou de valeurs mobilières donnant accès au capital [...] peut être soumise à l'agrément de la société par une clause des statuts »¹¹⁴⁵. Ainsi fut-il jugé que la clause devait figurer dans les statuts eux-mêmes, et non dans un document extérieur tel un règlement intérieur¹¹⁴⁶.

Ce rejet est tout à fait justifié car la valeur juridique d'un document non-statutaire varie suivant son mode d'élaboration. De nature conventionnelle, il engage certainement les associés l'ayant approuvé lors de son élaboration, mais probablement pas les futurs associés¹¹⁴⁷. *A contrario*, la clause d'agrément désapprouvée par un associé ne lui sera pas opposable. Or cette inopposabilité neutralise, *ipso facto*, l'efficacité de la clause votée car celle-ci ne peut produire des effets partiels à l'égard de certains associés seulement. Par exemple, un tiers ne peut être considéré comme étant associé à l'égard de certains, et demeurer étranger à la société pour d'autres. En outre, les

¹¹⁴² V. par exemple l'article R. 210-4, alinéa 2, 2° du Code de commerce, v. *infra* n° 293 et s.

¹¹⁴³ Pour le domaine de ces clauses, v. *infra* n° 85 et s.

¹¹⁴⁴ V. *supra* n° 191 et s..

¹¹⁴⁵ Cass. com., 27 juin 1989, *Bull. Joly Sociétés* 1989, p. 815, note (P.) LE CANNU ; *Revue de droit bancaire et bourse* 1989, p. 176, obs. (M.) JEANTIN et (A.) VIANDIER ; *D.* 1990, p. 50, obs. (Y.) REINHARD. V. également Cass. com., 13 décembre 1994, Bujon c/ Etarci, *Bull. Joly Sociétés* 1995, p. 152, note (P.) LE CANNU ; *JCP E* 1995, II, 705, note (Y.) PACLOT ; *Rev. sociétés* 1995, p. 298, note (D.) RANDOUX.

¹¹⁴⁶ CA Paris, 23 février 1962, *D.* 1963, p. 570, note (J.) BIGOT. *Contra* néanmoins : CA Paris, 8 juin 1993, *Bull. Joly Sociétés* 1993, p. 1126, note (P.) LE CANNU.

¹¹⁴⁷ En ce sens : SCHILLER (S.), « Pactes, statuts, règlement intérieur : quelle hiérarchie ? », *Rev. sociétés* 2011, p. 331, *spéc.* n° 10. *Adde* LE CANNU (P.), « Le règlement intérieur des sociétés », *Bull. Joly Sociétés* 1986, p. 723.

modalités d'adoption de cette clause sont susceptibles de contredire celles impérativement requises par la loi, auxquelles s'ajoutent des formalités de publicité à l'égard des sociétés par actions. Cette position jurisprudentielle apparaît légitime car, le cas échéant, admettre la validité de la clause votée de la sorte reviendrait à valider, indirectement, un formalisme de substitution à celui exigé par la procédure d'agrément.

Par ailleurs, à l'instar d'une clause de préemption, une clause d'agrément peut-elle être insérée dans un pacte d'associés ? La réponse à cette question doit être nuancée. En effet, il fut jugé à propos d'une clause de préemption que celle-ci liait uniquement les actionnaires signataires de cette convention¹¹⁴⁸. Cette solution ne semble toutefois pas transposable à la clause d'agrément car la procédure qu'elle implique n'est pas l'affaire de quelques associés, mais de la société entière¹¹⁴⁹. Néanmoins, la jurisprudence a admis la licéité de la clause d'agrément contenue dans un pacte d'actionnaires ; celle-ci étant alors uniquement applicable aux signataires de ce pacte¹¹⁵⁰. Cette validité est toutefois conditionnée au fait qu'une telle clause n'entre pas en conflit avec les statuts, lesquels peuvent prévoir, par exemple, une dispense d'agrément¹¹⁵¹. L'efficacité de la clause contractuelle paraît dès lors fragile, car le conflit entre ces deux normes privées sera toujours résolu en faveur de la clause statutaire¹¹⁵². Il s'en déduit que l'agrément est l'affaire de tous les associés, pas seulement de quelques-uns : il est une expression de leur intérêt commun¹¹⁵³. Toutefois, pour être efficace, encore faut-il que sa stipulation respecte certaines règles sociétaires.

II. Les règles de vote relatives à la stipulation de la clause d'agrément.

Une clause d'agrément peut être insérée dans les statuts lors de la constitution de la société ou en cours de vie sociale. Ses modalités de vote varient en fonction de ce moment et ne correspondent pas nécessairement aux règles requises pour modifier les statuts.

¹¹⁴⁸ Cass. com., 12 mai 1975, *Bull. civ.* 1975, IV, p. 109.

¹¹⁴⁹ V. *supra* n° 172 et s.

¹¹⁵⁰ CA Paris, 14^{ème} ch. A, 2 février 2005, SAS IDI c/ Société CDR et autres, *RTD com.* 2005, p. 352, note (Cl.) CHAMPAUD et (D.) DANET ; CA Paris, 8^{ème} ch., 4 décembre 2012, n° 11/15313, SAS Pamprœuf distribution et autres c/ SA Les Établissements Ligner, *RTD com.* 2013, p. 94, (B.) DONDERO et (P.) LE CANNU.

¹¹⁵¹ V. par exemple, C. civ., art. 1862, al. 2 (à propos des cessions entre associés ou au conjoint de l'un d'eux).

¹¹⁵² Cass. com., 1^{er} mars 2011, n° 10-13.795, *D.* 2011, p. 745, obs. (A.) LIENHARD ; *ibid.*, p. 2961, obs. Centre de droit de la concurrence Yves Serra ; *RTD com.* 2011, p. 376, obs. (M.-H.) MONSÉRIÉ-BON ; *Bull. Joly Sociétés* 2011, p. 492, note (L.) GODON ; *Dr. sociétés* 2011, p. 25, obs. (H.) HOVASSE ; *RLDA* 2011, p. 10, note (A.) CONSTANTIN ; *Dr. et patrimoine* 2012, p. 83, obs. (D.) PORACCHIA ; *Gaz. Pal.* 2011, p. 19, obs. (A.-F.) ZATTARA-GROS.

¹¹⁵³ V. à propos de cet intérêt commun, notamment : *supra* n° 160.

291. À la constitution de la société. Tous les associés y auront nécessairement consenti car, sans la personnalité morale, elle n'est qu'un contrat auquel s'applique la règle de l'unanimité.

292. En cours de vie sociale. Faute de prévision légale ou statutaire, la question s'est posée de savoir si cette décision devait être adoptée à l'unanimité. Afin d'y répondre, les magistrats de la Cour de cassation s'interrogèrent sur la nature de l'engagement ainsi créé pour les associés. Leur opinion sur cette question évolua.

Dans un premier temps, certaines décisions y décelèrent une augmentation de leur engagement nécessitant un vote à l'unanimité¹¹⁵⁴. Puis, dans un second temps, la Haute juridiction reconnut que cette modification statutaire entraînait non plus une augmentation de l'engagement des associés, mais une diminution de leurs droits¹¹⁵⁵. En effet, dans le cadre d'une société par actions, la clause d'agrément restreint la possibilité pour les actionnaires de négocier leurs titres. Dans la lignée de cet arrêt, il fut décidé que l'assemblée générale extraordinaire d'une société anonyme, à qui il appartient de voter les modifications statutaires, était compétente pour voter l'insertion d'une clause d'agrément¹¹⁵⁶. Dès lors, il s'en déduit plus généralement que la décision d'insérer une clause d'agrément, en cours de vie sociale, devait être adoptée à la majorité requise pour modifier les statuts, quelle que soit la forme sociale concernée.

Pendant, cette déduction ne semble pas avoir la valeur d'un principe absolu en raison des dispositions légales existantes pour certaines sociétés. À propos de la SAS, l'ancien article L. 227-19 disposait que : « Les clauses statutaires visées aux articles L. 227-13, L. 227-14, L. 227-16 et L. 227-17, ne peuvent être adoptées qu'à l'unanimité des associés »¹¹⁵⁷. Or, la clause d'agrément est justement visée à l'article L. 227-14 du Code de commerce. Postérieurement à sa rédaction initiale, il fut adopté, à propos de la société européenne, l'article L. 229-15 du même Code dont la lettre est similaire : « Les clauses stipulées en application des articles L. 229-11 à L. 229-14 ne sont adoptées ou modifiées qu'à l'unanimité des actionnaires » (le premier de ces articles ayant pour objet la possibilité de restreindre la cessibilité des actions).

Si cette sévérité est justifiée à l'égard de l'adoption des clauses d'inaliénabilité et d'exclusion, lesquelles aggravent l'engagement des associés, elle semble toutefois excessive pour adopter une clause d'agrément dont la stipulation crée seulement une contrainte pour céder les droits

¹¹⁵⁴ Par exemple, à propos d'une SA, v. Cass. req., 2 janvier 1924, *S.* 1924, 1, p. 225, note (A.) ESMEIN ; *D.* 1927, 1, p. 161, note (J.) ESCARRA. Pour des propos généraux sur ce point : MAGNIER (V.), *Droit des sociétés*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2017, p. 99, n° 158.

¹¹⁵⁵ Cass. civ., 9 février 1937, Société Le progrès de la Somme c/ Epoux Laurent, *D.* 1937, 1, p. 73, note (A.) BESSON ; *S.* 1937, p. 129, note (H.) ROUSSEAU. L'article 274 de la loi du 24 juillet 1966 a levé toute hésitation et autorise l'introduction de la clause dans les statuts en cours de vie sociale (v. à ce propos : RIPERT (G.), ROBLOT (R.), *Traité élémentaire de droit commercial, Les sociétés commerciales, Commentaire de la loi du 24 juillet 1966*, t. 1, L.G.D.J., 1968, p. 639, n° 1256).

¹¹⁵⁶ Cass. com., 22 octobre 1956, Société de l'Union commerciale c/ Boufflerd, *JCP* 1956, II, 9678, note (D.) BASTIAN. Également en ce sens, v. Rép. Min., *JOAN* Q 21 juin 1973, p. 2357 ; *Rev. sociétés* 1973, p. 725.

¹¹⁵⁷ C. com., art. L. 227-19.

sociaux¹¹⁵⁸. En outre, cette qualification revient à faire varier les effets de l'agrément d'un type de société à un autre : ainsi aggrave-t-il l'engagement des actionnaires de ces sociétés, tandis qu'il n'est qu'une restriction à la cessibilité des parts sociales d'une SARL.

La loi a peut-être ici péché par excès de précision, là où elle manque ailleurs de rigorisme. Mais cette excessive rigueur est peut-être, aussi, due à une assimilation approximative du principe de la négociabilité des actions à la substance des titres. Or ce principe n'est qu'une modalité technique visant à faciliter la circulation de ces droits. Il ne modifie pas fondamentalement les droits de l'actionnaire. Récemment, le législateur semble avoir pris la mesure de ces critiques en autorisant le vote de la clause d'agrément de la SAS aux conditions de la modification des statuts¹¹⁵⁹. Sa démarche demeure toutefois imparfaite puisque la société européenne est toujours soumise à l'unanimité pour voter cette clause. Cette constatation souligne la nécessité d'adopter une vision globale de la législation, non seulement de l'agrément mais aussi, plus généralement, du droit des sociétés. Des reproches similaires peuvent être adressés à l'égard de certains textes déterminant les mesures de publicité de la clause.

III. Les mesures de publicité requises dans les sociétés par actions.

La publicité propre à l'adoption d'une clause d'agrément dans les sociétés par actions se distingue de celle ayant trait à sa modification ou à sa suppression ; les modalités de ces dernières n'étant pas déterminées par les textes.

293. Publicité de la clause, mais aussi, de l'organe social désigné pour statuer sur l'agrément dans les sociétés par actions. Parmi les dispositions réglementaires relatives à la publicité de la constitution de la société, ou à celle de la modification de ses statuts¹¹⁶⁰, l'article R. 210-4, alinéa 2, 2° du Code de commerce se réfère spécialement aux clauses d'agrément d'une société par actions. Celui-ci dispose que l'avis relatif à la constitution de la société doit mentionner l'existence de telles clauses, mais aussi « [...] l'organe social habilité à statuer sur les demandes d'agrément »¹¹⁶¹.

¹¹⁵⁸ V. *supra* n° 48 et s.

¹¹⁵⁹ Ordonnance n° 2017-747, 4 mai 2017, article 5.

Adde DONDERO (B.), « Exigence de l'unanimité dans la SAS : conflit de lois dans le temps en vue », *Garç. Pal.* 2017, n° 12, p. 66.

¹¹⁶⁰ C'est-à-dire, l'insertion d'un avis dans un journal d'annonces légales (pour les sociétés commerciales, v. C. com., art. R. 210-3, art. R. 210-4°, art. R. 210-9 ; pour les sociétés civiles : D. n° 78-9 du 3 juillet 1978, art. 24) et le dépôt des actes constitutifs ou modificatifs au registre du commerce et des sociétés (C. com., art. R. 123-103 et R. 123-105).

¹¹⁶¹ La nécessité de cette publicité peut se comprendre car la loi ne précise pas quel est l'organe social habilité pour statuer sur une demande d'agrément. Pour plus de précisions relatives à cet organe, v. *infra* n° 340 et s.

294. Quid de la publicité de la modification, ou de la suppression, de la clause d'agrément ou de la mention de l'organe social habilité pour statuer sur sa demande ?

L'article R. 210-9 du même Code exige que lorsque sont modifiées certaines mentions figurant dans l'avis de constitution de la société, alors « la modification intervenue est publiée dans les conditions prévues à l'article R. 210-3 ».

Dans un arrêt en date du 31 mai 2005, la Chambre commerciale a eu l'occasion d'apprécier les conséquences de l'absence de publicité du changement touchant l'organe social susvisé¹¹⁶². En l'espèce, une société anonyme, avec directoire et conseil de surveillance, avait modifié ses statuts pour adopter une forme moniste, avec un conseil d'administration. La clause statutaire soumettant la cession d'actions à l'agrément du conseil de surveillance avait alors été modifiée au profit du conseil d'administration. Cependant, cette modification n'avait pas fait l'objet d'une publication. Profitant de cette négligence, les cessionnaires invoquaient leur ignorance de cette stipulation et, donc, son inopposabilité. Les juges du fond leur donnèrent raison en décidant que : « [...] la clause d'agrément aurait dû, pour continuer ses effets, faire l'objet d'une publicité adéquate dans la mesure où la transformation de la société avait rendu caduque la désignation du conseil de surveillance comme organe social habilité à autoriser une cession d'actions et où cette vacance ne conduisait pas à conférer ce pouvoir au conseil d'administration ». De plus, ils estimèrent que, de par leur absence de participation « à la mise en œuvre de la procédure d'agrément de la cession », les cessionnaires « n'étaient pas supposés avoir eu connaissance, même indirectement, de cette clause figurant dans les statuts ».

Un pourvoi fut formé par la société contre cette décision. À l'appui de sa demande, elle arguait la possibilité pour les cessionnaires de déduire la compétence du conseil d'administration du fait de leur connaissance de la nouvelle structure de la société anonyme. La Cour de cassation rejeta cet argument, en estimant que les juges du fond avaient correctement fait usage de leur pouvoir souverain pour apprécier les éléments de preuve rapportés.

Non publié au bulletin, cet arrêt fut qualifié de sévère par la doctrine¹¹⁶³. Pour le professeur Le Cannu, le vice sanctionné était de faible importance. De plus, la prétention formulée par le pourvoi n'était pas dénuée de sens puisque les tiers sont en mesure de savoir quels sont les organes d'une société anonyme, sans consulter les statuts¹¹⁶⁴. Le professeur Massart a, quant à lui, souligné que le projet de cession devait normalement être notifié à la société et non à l'organe

¹¹⁶² Cass. com., 31 mai 2005, n° 03-10.955, Sociétés All Suites Hôtel c/ société Hardy Trust, *RTD com.* 2005, p. 552, note (P.) LE CANNU ; *Bull. Joly Sociétés* 2005, p. 1396, note (Th.) MASSART.

¹¹⁶³ LE CANNU (P.), « Une clause d'agrément modifiée, sans publication de la modification des statuts, ne peut être opposée au cessionnaire qui a ignoré la nouvelle rédaction », *RTD com.* 2005, p. 552 ; MASSART (Th.), « De quelques difficultés d'application de la clause d'agrément dans la société anonyme », *Bull. Joly Sociétés* 2005, p. 1396.

¹¹⁶⁴ LE CANNU (P.), *art. précité*.

compétent, d'autant plus que l'agrément est donné au nom de la société, peu important la qualité de son organe décisionnel¹¹⁶⁵. La pertinence de ces remarques suggère une question : quel intérêt ont les tiers à connaître l'organe interne habilité à statuer sur leur demande d'agrément ?

294-1. L'intérêt de la publication de cette mention statutaire. À l'évidence, s'il existe une publicité leur étant destinée, c'est donc que le législateur considère qu'ils ont intérêt à connaître cette information. Or, cet intérêt est difficilement détectable. La qualité de l'organe social n'a pas d'importance pour réaliser la notification puisque son destinataire est la société¹¹⁶⁶. De plus, si la société méconnaît la compétence de cet organe, elle seule et les associés peuvent se prévaloir d'une irrégularité de la délibération sociale¹¹⁶⁷.

L'intérêt réservé à cette publicité n'est alors sans doute pas destiné aux tiers, mais à la société et aux associés. En effet, la loi ne précise pas l'organe compétent pour les sociétés par actions contrairement aux autres sociétés¹¹⁶⁸. Cette publicité peut ainsi être perçue comme une obligation faite aux statuts, de désigner cet organe, sous peine de voir les tiers se prévaloir de son absence et, corrélativement, de subir l'inefficacité de la clause d'agrément.

Cette exigence s'analyse donc comme une condition de validité de la clause d'agrément de l'ensemble des sociétés par actions, y compris de la SAS et de la société européenne, ce qui ne manque pas de surprendre au regard de la liberté offerte par la loi aux statuts de ces dernières. L'arrêt commenté conforte cette opinion lorsqu'il dégage la règle de l'absence de compétence de principe du conseil d'administration, même si celle-ci est courante en pratique¹¹⁶⁹. En outre, la stipulation de la clause d'agrément présente des spécificités en présence de certains faits générateurs.

¹¹⁶⁵ MASSART (Th.), *art. précité*.

¹¹⁶⁶ V. *infra* n° 315.

¹¹⁶⁷ V. *infra* n° 601. Il s'agit là, semble-t-il, d'un aménagement statutaire d'une disposition impérative du droit des sociétés. *Comp.* le courant jurisprudentiel admettant la possibilité pour les tiers de se prévaloir de l'inobservation des statuts de la société, v. dernièrement : Cass. com., 13 novembre 2013, n° 12-25.675, F-D, *RTD com.* 2013, p. 765, note (P.) LE CANNU ; *D.* 2014, p. 183, note (B.) DONDERO.

¹¹⁶⁸ V. *infra* n° 340. Cette remarque est également valable pour la société par actions simplifiée et la société européenne pour lesquelles la loi renvoie à l'application de la procédure d'agrément telle que déterminée pour la société anonyme (v. à ce propos, *supra* n° 348 et 349).

¹¹⁶⁹ V. *infra* n° 344 et s.

§ II. Les difficultés liées à la stipulation d'une clause d'agrément et la réalisation de certains faits générateurs.

295. Plan. Ces faits générateurs particuliers, se distinguant par leurs effets sur la procédure de ceux produits par une cession, sont au nombre de deux : le décès d'un associé, dont les conséquences peuvent être anticipées par la stipulation d'une clause de continuation (I) et, le nantissement des droits sociaux, dont la mise en œuvre nécessite de combiner les règles de la procédure d'agrément à celles d'une vente par adjudication (II).

I. L'anticipation du décès d'un associé.

296. Plan. Le décès a des effets particuliers sur la procédure d'agrément en ce sens qu'il réalise une dévolution du patrimoine du défunt. Or, en l'absence de son anticipation, ses ayants droit hériteront, proportionnellement, de la valeur des droits sociaux, mais aussi, du titre d'associé, individuellement. C'est pourquoi, la loi autorise le plus souvent les statuts à contrer cette conséquence de deux façons : soit désigner par avance, dans une clause de continuation, les personnes qui continueront la société, soit sélectionner les héritiers par un agrément après le décès de leur auteur¹¹⁷⁰. *Quid* lorsque les statuts comportent ces deux stipulations ? L'une prévaut-elle sur l'autre ? L'application d'une clause de continuation peut-elle éluder l'application d'un agrément légal ? La combinaison de ces deux mesures d'éviction des héritiers, antérieurement et postérieurement au décès, suscitent un certain nombre de questions (B). Avant de les aborder, le domaine des clauses de continuation doit être évoqué (A)¹¹⁷¹.

A. L'anticipation du décès par une clause de continuation.

297. Des pactes sur succession future autorisés par la loi dans les sociétés de personnes et la SARL. Les clauses de continuation sont des stipulations statutaires par lesquelles les associés vont décider, par avance, avec quelles personnes la société continuera après le décès de l'un d'eux¹¹⁷². Avant la réforme des sociétés commerciales par la loi du 24 juillet 1966,

¹¹⁷⁰ De façon étonnante, l'agrément n'est jamais imposé par la loi en présence d'une succession, sa source est toujours statutaire, hormis à l'égard des sociétés par actions pour lesquelles il est interdit, sauf exceptions (v. *supra* n° 113 et s.).

¹¹⁷¹ Celui de l'agrément en cas de succession ayant déjà mis en évidence son interdiction à l'égard des sociétés par actions (v. *supra* n° 118).

¹¹⁷² *Rappr.* la faculté reconnue aux cocontractants, à l'article 1216, al. 2 du Code civil, d'autoriser à l'avance la cession du contrat.

elles étaient légalement consacrées à l'ancien article 1868 du Code civil, et cela, par exception au principe de la dissolution de la société posé à l'article 1865, ancien, du même Code¹¹⁷³.

En dépit de cette consécration, leur licéité fut discutée du fait de la prohibition des pactes sur succession future. Dans le célèbre arrêt « Veuve Gatellier »¹¹⁷⁴, la Cour de cassation eut l'occasion d'affirmer qu'elles avaient pour effet, d'attribuer aux survivants, un droit éventuel sur une partie de la succession non ouverte, et qu'elles constituaient donc un pacte sur succession future. Cependant, ces stipulations n'encourraient pas la nullité en raison de la dérogation posée par l'ancien article 1868 du Code civil au principe de la prohibition de ces pactes.

Cette solution n'intègre toutefois plus le droit positif depuis l'abrogation de cet article par la loi n° 78-9 du 4 janvier 1978, réformant les sociétés civiles¹¹⁷⁵. Si l'analyse selon laquelle ces clauses constituent un tel pacte est toujours valable, en revanche, le fondement de leur licéité doit être recherché dans les textes où furent transposées des dispositions analogues à celles de l'ancien article 1868 du Code civil. À l'issue de la réforme opérée par cette loi, seuls les statuts de la société civile et ceux de la société en nom collectif sont légalement autorisés à contenir des clauses de continuation¹¹⁷⁶, auxquels s'ajoutent ceux de la SARL depuis la réforme réalisée par l'ordonnance du 25 mars 2004¹¹⁷⁷. Nonobstant ces quelques critiques rédactionnelles¹¹⁷⁸, cette

Pour plus de précision sur la qualification de la cession de droits sociaux en tant que cession d'une position contractuelle, v. *supra* n° 168 et s.

¹¹⁷³ Dans sa version initiale de 1804, l'article 1868 disposait que : « S'il a été stipulé qu'en cas de décès de l'un des associés, la société continuerait avec son héritier, ou seulement entre les associés survivants, ces dispositions seront suivies. Au second cas, l'héritier du décédé n'a droit qu'au partage de la société, eu égard à la situation de cette société lors du décès, et ne participe aux droits ultérieurs qu'autant qu'ils sont une suite nécessaire de ce qui s'est fait avant la mort de l'associé auquel il succède. »

Consécutivement à la consécration de la procédure de rachat à la suite d'un refus d'agrément, le législateur de 1966 l'a modifié de façon à dire que, dans tous les cas visés par cet article, la valeur des droits sociaux dont l'héritier était créancier à l'égard de la société ou du bénéficiaire de la stipulation devait être « déterminée au jour du décès par un expert désigné [...] soit par les parties, soit à défaut d'accord entre elles par ordonnance du président du tribunal statuant en la forme des référés et sans recours possible ».

¹¹⁷⁴ Cass. ch. réunies, 28 avril 1961, *D.* 1961, p. 697, note (A.) BESSON ; *JCP* 1961, II, 12135, note (D.) BASTIAN, *contra* sur renvoi de : Cass. com., 18 octobre 1955, *Gatellier c/ Vignon*, *D.* 1956, p. 281, note (P.) ESMEIN.

Addé Du GARREAU de la MECHENIE, « Les clauses statutaires de continuation d'une société avec les héritiers de l'associé prédécédé », *Journ. sociétés* 1938, p. 257 ; CHARON, « La transmission des parts sociales et le pacte sur succession future », *Gaz. Pal.* 1957, 2, doct. p. 19 ; NAJJAR (I.), v. « *Les pactes sur successions futures* », in *Rép. Civ. Dalloz*, 2012.

¹¹⁷⁵ *Addé* SAINTOURENS (B.), « L'héritier de l'associé », in *Les droits et le Droit, Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Dalloz, 2006, p. 1025.

¹¹⁷⁶ C. civ., art. 1870 (société civile) ; L. n° 66-537 du 24 juillet 1966, art. 21 ; C. com., art. L. 221-15 (SNC).

¹¹⁷⁷ C. com., art. L. 223-13, al. 3. Cette lacune légale avait été mise en évidence par : DERRUPÉ (J.), « Un trou législatif : le choix du successeur d'un associé décédé », in *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Dalloz, 1991, p. 73.

¹¹⁷⁸ V. pour les critiques relatives à la rédaction de cet alinéa ; rédaction qualifiée de servile par rapport au texte de l'article L. 221-15, lequel a pour objet de permettre aux associés d'échapper au principe de la dissolution de la société : LÉCUYER (H.), « Commentaire de l'ordonnance du 25 mars 2004 dans ses dispositions relatives aux S.A.R.L. », *LPA* 2004, n° 77, p. 4 : « Mais le recopiage a, à l'évidence, été trop servile » [...] « le recopiage de l'article L. 221-15 fut trop servile » [...] « une réécriture servile d'un texte » ; CONSTANTIN (A.), « Commentaires des dispositions de l'ordonnance du 25 mars 2004 relatives au droit des sociétés », *Rev. Lamy Droit des affaires* 2004, n° 73 : « le législateur, emporté par la facilité apparente d'une simple transposition des règles de la SNC [...] » ; MONNET (J.), « SARL et l'ordonnance du 25 mars 2004 : une véritable réforme », *Dr. sociétés* 2004, étude 9 : « une première analyse pourrait donc se limiter au constat du recopiage de l'article L. 221-15 ». Également : LECOURT (A.), « Le nouveau régime de la transmission des parts sociales de la SARL suite au décès d'un associé », *Dr. sociétés* 2005, p. 7, *spéc.* n° 20 : « Surtout, cette reprise de l'article L. 221-15 du Code de commerce marque la méconnaissance du législateur des

nouvelle faculté offerte à cette société fut majoritairement saluée par la doctrine comme apportant « [...] une grande souplesse dans la gestion de l'avenir de la société »¹¹⁷⁹.

Il est néanmoins regrettable que les sociétés par actions demeurent exclues de cette possibilité. Pour ces dernières, en l'absence d'autorisation légale, la stipulation d'une clause de continuation tombe sous la prohibition des pactes sur succession future¹¹⁸⁰. Ce regret rejoint celui déjà exprimé à propos de l'interdiction des clauses d'agrément dans ces sociétés¹¹⁸¹. Le droit apparaît certes cohérent sur ce point, mais son opportunité est très discutable car l'*intuitu personae* peut également irriguer leur pacte social¹¹⁸². Par conséquent, l'absence de consécration des clauses de continuation à leur profit semble corrélativement liée à l'interdiction des clauses d'agrément visant la succession de l'actionnaire. Il en résulte, plus généralement, une surprenante impossibilité d'anticiper les conséquences de son décès. Au contraire, lorsqu'elles sont autorisées, ces deux mesures ne sont pas exclusives l'une de l'autre, leur articulation suscite dès lors des questionnements.

B. La combinaison d'une clause de continuation et d'un agrément.

Ces questionnements interrogent sur la valeur et les règles de vote de la clause de continuation par rapport à celles d'un agrément, qu'il soit d'origine légale ou conventionnelle.

298. La clause de continuation vaut-elle agrément ? En l'absence de précision textuelle, il est possible de se demander si la clause prévoyant la continuité de la société avec un héritier peut être assimilée à un agrément donné à l'avance¹¹⁸³.

diverses formules sociétaires envisageables. Prévoir expressément la continuation de la SARL avec les seuls associés survivants n'est d'aucune utilité dans ce contexte puisque c'est tout simplement la solution déjà envisagée par la loi dans l'alinéa 1... du même texte ! ».

¹¹⁷⁹ SAINTOURENS (B.), « L'attractivité renforcée de la SARL après l'ordonnance n° 2004-274 du 25 mars 2004 », *Rev. sociétés* 2004, p. 207, *spéc.* n° 23 ; LÉCUYER (H.), « Commentaire de l'ordonnance du 25 mars 2004 dans ses dispositions relatives aux S.A.R.L. », *LPA* 2004, n° 77, p. 4.

¹¹⁸⁰ En ce sens, v. Cass. 1^{ère} civ., 11 mars 1981, n° 17-16.831, *Bull. civ.* 1981, I, n° 87 ; *RTD civ.* 1982, p. 448, obs. (J.) PATARIN. *Comp.* néanmoins la solution proposée par certains auteurs d'exclure l'héritier par avance dans une clause statutaire : RABREAU (A.), « L'éviction des héritiers d'actions de SAS : quels aménagements statutaires ? », *Bull. Joly Sociétés* 2011, p. 740, note n° 6 ; Avis de l'Association Nationale des Sociétés par Actions, « SAS : la clause statutaire d'agrément peut-elle viser les transferts d'actions résultant d'une succession ? », *CJ* du 1^{er} décembre 2010, n° 10-070 : « Pour l'ensemble du Comité juridique, il est en tout état de cause possible de recourir à une autre voie, non soumise à débat, consistant à prévoir dans les statuts que les associés, suite au décès de l'un d'eux, peuvent décider d'exclure l'héritier en application de l'article L. 227-16, dans les conditions à préciser (rachat des actions selon une méthode de détermination de la valeur réelle des titres) ». Il est ajouté en note de bas de page : « Une solution identique est d'ailleurs prévue dans une situation assez voisine : suite au transfert de titres par voie de fusion, l'article L. 227-17, alinéa 2, autorise l'exclusion du nouvel associé en application d'une clause statutaire ». Pour les sociétés autres que la SAS, la possibilité d'exclure un associé a été admise par la jurisprudence, v. *infra* n° 51, les références citées en note de bas de page.

¹¹⁸¹ V. *supra* n° 118.

¹¹⁸² V. *supra* n° 128.

¹¹⁸³ Pour une réponse positive, v. LÉCUYER (H.), « Commentaire de l'ordonnance du 25 mars 2004 dans ses dispositions relatives aux S.A.R.L. », *LPA* 2004, n° 77, p. 4, à propos de l'article L. 223-13, al. 3 du Code de commerce : « L'article autorise

La réponse à cette question semble positive, mais cette assimilation n'est pas sans danger. En effet, la situation matrimoniale du défunt, ou simplement les relations existantes entre les différents protagonistes, sont susceptibles d'évoluer entre le moment de l'adoption de la clause et le décès. La portée de la clause devient alors incertaine¹¹⁸⁴. Par exemple, si l'héritier devenu associé par l'effet de la clause de continuation décède à son tour, la clause est-elle toujours valable pour l'héritier de ce dernier ou, au contraire, le changement de personnalité de l'associé la rend-elle caduque ? Il appartient aux statuts de préciser la portée qu'ils entendent donner à cette stipulation.

À l'évidence, une solution consisterait à compléter la clause de continuation par une clause d'agrément, applicable aux personnes non mentionnées dans le texte de la première, ou lorsque ces personnes seraient seulement déterminables, comme par exemple, une personne désignée par le *de cuius* dans son testament¹¹⁸⁵.

Pour certains auteurs, il serait même possible, si ce n'est souhaitable, de cumuler l'application des deux clauses. Le choix préalable du successeur n'empêche pas son agrément ultérieur et, réciproquement, l'existence de la procédure d'agrément n'exclut pas un choix préalable du successeur¹¹⁸⁶. L'agrément devra néanmoins être prévu dans une clause spécifique ; la clause de continuation emportant l'attribution de plein droit de la qualité d'associé dès le décès¹¹⁸⁷. Dès lors, si cette clause permet tacitement d'agréer un héritier, peut-elle être adoptée à des conditions différentes que celles du vote de l'agrément ?

299. La comparaison des règles de vote pour adopter une clause de continuation et celles relatives au vote de l'agrément. La clause de continuation étant une stipulation statutaire, elle doit être adoptée aux conditions requises pour modifier les statuts. À cet égard, la

désormais les associés à prévoir un refus préalable, général et abstrait d'agréer tout héritier, suivant ainsi, en quelque sorte une logique tontinière ». À propos de l'agrément donné en blanc et à l'avance, v. *infra* n° 405.

¹¹⁸⁴ V. en ce sens les questionnements de HÉMARDE (J.), TERRÉ (F.), MABILAT (P.), *Sociétés commerciales*, t. 1, Dalloz, 1972, p. 307, n° 310.

¹¹⁸⁵ La jurisprudence admet la validité d'une désignation générale du ou des héritiers dans la clause de continuation : Cass. com., 21 octobre 1997, *JurisData* 1997-004254, *JCP G* 1988, II, 15292 ; Cass. com., 21 octobre 1997, *JurisData* n° 1997-004254 ; Cass. com., 14 décembre 2004, *JurisData* n° 2004-026345. Pour des mentions très générales, v. CA Nîmes, 19 février 1998, *JurisData* 1998-030575 ; CA Montpellier, 20 janvier 2003, *JurisData* n° 2003-213824.

¹¹⁸⁶ DERRUPÉ (J.), « Un trou législatif : le choix du successeur d'un associé décédé », in *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Dalloz, 1991, p. 73. V. également en ce sens à propos de la SARL : LÉCUYER (H.), « Commentaire de l'ordonnance du 25 mars 2004 dans ses dispositions relatives aux S.A.R.L. », *LPA* 2004, n° 77, p. 4 ; SAINTOURENS (B.), « L'attractivité renforcée de la SARL après l'ordonnance n° 2004-274 du 25 mars 2004 », *Rev. sociétés* 2004, p. 207, *spéc.* n° 23 ; MERLE (Ph.), avec la collaboration de FAUCHON (A.), *Droit commercial, Sociétés commerciales*, Dalloz, coll. Précis, 20^{ème} éd., 2017, p. 194, n° 191. *Contra* HÉMARDE (J.), TERRÉ (F.), MABILAT (P.), *Sociétés commerciales*, t. 1, Dalloz, 1972, p. 313, n° 313, selon lesquels il ne semble pas possible de soumettre à l'agrément une personne déjà mentionnée par la clause de continuation. Pour ces auteurs, il serait choquant qu'après avoir stipulé la clause de continuation avec un ou plusieurs héritiers de l'associé décédé, les associés puissent se soustraire à cet engagement et poursuivre la société entre eux. Cette méconnaissance entraînerait la dissolution de la [SNC], faute pour la clause de continuation de produire tous ses effets.

¹¹⁸⁷ V. en ce sens : SAINTOURENS (B.), « L'héritier de l'associé », in *Les droits et le Droit, Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Dalloz, 2006, p. 1025, *spéc.* p. 1029.

comparaison de ces dernières avec celles inhérentes au vote de l'agrément attire spécialement l'attention dans deux formes sociales, que sont la SNC et la SARL.

299-1. Dans une SNC. Les statuts pourraient se satisfaire d'un vote de la clause de continuation à la majorité sur le fondement de l'article L. 221-6 du Code de commerce¹¹⁸⁸. Cette possibilité ne contribue pourtant pas à la cohérence des dispositions légales inhérentes à une société où *l'intuitu personae* est primordial. S'il était admis que la clause de continuation constitue un agrément donné à l'avance, alors il existerait une disparité entre ses règles de vote, en fonction du moment de l'acceptation de l'héritier dans la société : avant le décès de son auteur, période pendant laquelle l'article L. 221-6 serait applicable, ou après, période où l'unanimité semble exigée, par analogie, avec la règle existante en cas de cession¹¹⁸⁹.

299-2. Dans une SARL. Une constatation similaire peut être faite à propos des règles de vote de la SARL, sauf que les majorités nécessaires pour modifier les statuts pourront être plus fortes que celles requises pour voter l'agrément, alors même que ce dernier réalise une modification statutaire. En effet, la majorité des associés, présents ou représentés, pour voter cette décision extraordinaire doit atteindre soit les trois quarts des parts sociales, soit les deux tiers selon la date de la constitution de la SARL, avant ou après la publication de la loi du 2 août 2005¹¹⁹⁰. Or, depuis la réforme réalisée par l'ordonnance du 25 mars 2004, la majorité pour voter l'agrément doit représenter au moins la moitié des parts sociales, à moins que les statuts n'aient renforcé cette exigence¹¹⁹¹. Sur ce point, le législateur aurait pu cueillir l'occasion d'harmoniser les règles de vote susmentionnées.

Si la combinaison d'une clause de continuation et d'un agrément suscite des incertitudes quant à leur domaine et leur modalité de vote respectifs, la combinaison de ce dernier avec les règles requises lors d'une vente par adjudication pose d'autres problèmes.

II. Le nantissement et sa réalisation par une adjudication.

300. La mention de l'existence des clauses d'agrément dans un cahier des charges. Du fait de son caractère forcé, la vente par adjudication est réglementée aux articles R. 233-5 et suivants du Code des procédures civiles d'exécution¹¹⁹² lesquels requièrent, notamment, la

¹¹⁸⁸ L'alinéa 1^{er}, *in fine* de l'article L. 221-6 du Code de commerce dispose que « [...] les statuts peuvent prévoir que certaines décisions sont prises à une majorité qu'il fixe ».

¹¹⁸⁹ V. *infra* n° 385 et s.

¹¹⁹⁰ C. com., art. L. 223-30.

¹¹⁹¹ C. com., art. L. 223-14, al. 1^{er}.

¹¹⁹² Ancien décret n° 32-755 du 31 juillet 1992, art. 189 à 193.

rédaction d'un cahier des charges, avec la mention des clauses d'agrément contenues dans les statuts ou un pacte d'associés. Cette mention est très importante car elle a pour objet d'informer l'adjudicataire de leur existence. Le cas échéant, ces clauses lui seraient inopposables¹¹⁹³ ; elles ne sauraient en aucun cas entraver la prise de cette sûreté¹¹⁹⁴. Cette disposition s'ajoute ainsi aux rares exceptions légales faisant expressément échec à l'application d'une clause d'agrément¹¹⁹⁵.

Le caractère exorbitant de ces dispositions par rapport à celles encadrant une cession volontaire apparaît donc justifié par la nécessité de protéger le gage des créanciers. En outre, d'autres aménagements seront requis par la spécificité du nantissement, spécialement lors de la notification de la demande d'agrément.

Sous-section II. La notification de la demande d'agrément.

301. Plan. La notification, ou demande d'agrément, est extrêmement importante¹¹⁹⁶. Toutefois, si sa finalité est simple à rappeler (§ I), sa mise en œuvre requiert souvent l'éclairage de la jurisprudence pour interpréter les textes, spécialement ceux gouvernant ses règles de forme (§ II) et ses effets (§ III)¹¹⁹⁷. La finesse du contentieux oblige, de la sorte, à étudier exhaustivement le contenu de chaque texte, et de procéder à des comparaisons entre chaque type sociétaire ; l'objectif étant, *in fine*, de mettre en évidence leur caractère commun, mais aussi, de s'interroger sur la réalité de leurs spécificités lorsqu'elles existent.

§ I. La finalité de la notification.

302. L'acte inaugural du processus d'agrément. La notification revêt deux fonctions

Addé LE CANNU (P.), « Saisie-vente des droits d'associé et des valeurs mobilières non cotées (loi 9 juillet 1991 et décret du 31 juillet 1992) », *Bull. Joly Sociétés* 1992, p. 1275 ; FASQUELLE (D.), « Le nantissement des valeurs mobilières », *RTD com.* 1995, p. 1 ; JACOB (F.), « Le nantissement de parts sociales », *Dr. et patrimoine* juillet 2007, n° 161-7.

¹¹⁹³ Code des procédures civiles d'exécution, art. R. 233-6.

À propos de la possibilité pour le tiers adjudicataire de contester le contenu du cahier des charges, v. Cass. 3^{ème} civ., 14 janvier 2009, n° 07-17.619, FS-P+B, Mme Poisson c/ Mme Champagne de Labriolle, *D.* 2009, AJ p. 305, *Rev. sociétés* 2009, p. 366, obs. (D.) PORACCHIA ; *RTD com.* 2009, p. 569, note (Cl.) CHAMPAUD ; *Dr. sociétés* 2009, comm. 70, note critique (R.) MORTIER, rejetant en l'espèce cette possibilité après le jour de l'adjudication.

¹¹⁹⁴ V. en ce sens, C. civ., art. 1866 et Cass. 2^{ème} civ., 2 décembre 2010, n° 09-17.495, FS-P+B+I, Poulet c/ Caisse de Mutualité Sociale Agricole de Franche-Comté, *JurisData* n° 2010-022731, *Dr. sociétés* 2011, comm. 47, note (H.) HOVASSE. Cet arrêt a trait au nantissement judiciaire de parts d'un groupement foncier agricole et d'une EARL.

¹¹⁹⁵ V. en matière de procédure collective, *supra* n° 223, et en l'absence de publication de l'organe social désigné pour statuer sur une demande d'agrément dans une société par actions, *supra* n° 293 et s.

¹¹⁹⁶ Les deux expressions sont souvent employées de façon synonyme.

¹¹⁹⁷ Sa sanction ne sera précisée qu'ultérieurement, avec l'étude générale des différentes violations de la procédure d'agrément. V. *infra* n° 561.

fondamentales. D'une part, la date de sa réalisation est le point de départ du délai procédural¹¹⁹⁸. Et, d'autre part, celle-ci permet à chaque associé de prendre solennellement connaissance du projet de transfert. Ils peuvent ainsi apprécier l'opportunité d'agréer ou non le cessionnaire, en considération de leurs intérêts et de ceux de la société.

Dès lors, la notification du projet se distingue de la signification du transfert acquis¹¹⁹⁹, laquelle a pour finalité d'opposer l'existence de celui-ci, à la société et aux associés. Contrairement à la signification, la notification est un préalable à la réalisation de l'agrément, lequel est une condition requise pour que le transfert ait lieu¹²⁰⁰. De la sorte, elle doit contenir un certain nombre d'informations, mais dont le contenu n'est pas précisément déterminé par les textes. En outre, ses modalités de réalisation sont diverses d'une société à une autre, mais doivent toujours être strictement respectées.

§ II. Des règles de forme strictes et diverses.

303. Plan. Le formalisme de la notification d'une demande d'agrément comprend diverses règles (I), dont le strict respect est exigé par la jurisprudence (II). Cette rigueur est-elle pour autant justifiée ? Ne contribue-t-elle pas à renforcer la complexité d'une législation suffisamment pointilleuse pour que ne pèse sur elle, en plus, un risque d'insécurité juridique liée à ses modalités d'exécution ?

I. Un formalisme strict exigé par la jurisprudence.

La jurisprudence en la matière est rigoureuse et suscite la critique de certains auteurs.

304. Un formalisme strict. Les magistrats n'admettent aucun formalisme de substitution à la notification, et cela, même lorsque l'ensemble des associés est parfaitement informé du projet de transfert¹²⁰¹. Afin de sanctionner un précédent courant libéral, cette jurisprudence a été initiée

¹¹⁹⁸ V. *infra* n° 391.

¹¹⁹⁹ En ce sens, v. CA Paris, 15^{ème} ch. Sect. A, 26 février 1996, Le Guiffant c/ Société Les trois joyaux, *Bull. Joly Sociétés* 1992, p. 547, note (P.) LE CANNU.

¹²⁰⁰ Sur la nature de l'agrément, v. *supra* n° 47.

¹²⁰¹ *Comp.* néanmoins un arrêt récent ayant admis que la modification des statuts valait preuve de la qualité d'associé en dépit d'un refus d'agrément. Il semble qu'il ne faille pas interpréter cet arrêt comme le début d'un revirement de jurisprudence à propos du formalisme de la procédure d'agrément mais plutôt comme un arrêt d'espèce s'inscrivant dans le mouvement d'assouplissement des conditions d'opposabilité de la cession à la société et aux tiers, v. Cass. com., 24 novembre 2009, n° 08-17. 708, F-D, Follain et Visini c/ Direction nationale d'interventions domaniales (DNID) et Moyrand, *JurisData* n° 2009-050547, *Dr. sociétés* 2010, n° 3, comm. 49, (M.) ROUSSILLE, et les références jurisprudentielles relatives à ce mouvement.

par un arrêt de la Chambre commerciale du 9 mai 1990¹²⁰², où la Haute juridiction avait jugé que : « [...] le consentement à la cession exprimé tant lors d'une assemblée antérieure que postérieure à la cession ne compen[sait] pas l'absence de notification du projet »¹²⁰³. De même, « la consultation de tous les associés par le gérant ne dispense pas le cédant de respecter l'obligation de notifier à chacun des associés le projet de cession aux fins d'agrément »¹²⁰⁴.

La finalité de cette rigueur se comprend : elle est de protéger le caractère fermé des sociétés pour lesquelles la cession des droits sociaux nécessite un agrément. En dépit de sa légitimité, cette interprétation stricte des textes est discutée en doctrine.

305. Une exigence discutée. Cette fermeté de la Cour de cassation est plus ou moins bien comprise.

Selon le professeur Le Cannu, « la crainte de voir s'installer une certaine anarchie dans les procédures sociales semble un motif plausible pour une attitude que certains praticiens regretteront »¹²⁰⁵. En ce sens, dès l'instant où l'associé non cédant est intervenu au protocole d'accord, il est difficile d'admettre que la notification du projet de cession puisse lui apporter une information complémentaire. En outre, la loi semble ponctuellement l'admettre lorsqu'elle autorise une société à régulariser le défaut de notification par la tenue d'une assemblée générale¹²⁰⁶, ou une autre, à accepter un projet de nantissement dans un acte sous seing privé, laquelle dispense alors de notifier la demande d'agrément¹²⁰⁷. Toutefois, hormis ces deux hypothèses isolées, il n'existe pas d'autres dérogations légales au formalisme procédural. Ces exceptions sont donc trop peu nombreuses pour en déduire l'admission d'un formalisme de substitution.

L'opinion exprimée par Monsieur le Conseiller Chartier renforce cette dernière idée lorsqu'il souligne, d'une part, que « les associés unanimes constituent la société, mais ils ne sont pas la société » et, d'autre part, le caractère d'ordre public de l'article L. 223-14 du Code de commerce, appliqué

¹²⁰² Cass. com., 9 mai 1990, Roux c/ Charpentier et autres, *Bull. Joly Sociétés* 1990, p. 653, § 182, note (P.) LE CANNU ; *Rev. sociétés* 1991, p. 72, note (Y.) CHARTIER. Dans cet arrêt, il fut jugé que l'intervention de l'ensemble des associés d'une SARL à un acte de cession de parts par l'un d'eux à un tiers étranger à la société ne suffisait pas à répondre aux exigences de l'article 45 de la loi du 24 juillet 1966. Cette solution a été confirmée également à propos d'une SARL par : Cass. com., 26 mars 1996, Vignal et autres c/ Albertini, *Rev. sociétés* 1996, p. 799, note (Y.) CHARTIER. *Contra* notamment, Cass. com., 30 juin 1975, *Bull. civ.* 1975, IV, p. 153 ; T. com. Paris, 17 juin 1981, *RJ com.* 1982, p. 190, note De FRONBESSIN.

¹²⁰³ CA Montpellier, 2^{ème} ch., 4 novembre 2008, *Dr. sociétés* 2009, comm. n° 117, obs. (D.) GALLOIS-COCHET.

¹²⁰⁴ Cass. com., 7 juillet 2004, *Dr. sociétés* 2004, comm. n° 173, obs. (J.) MONNET. *Rappr.* à propos d'une SARL : CA Paris, 1^{ère} ch. A, 16 mai 2006, Mme Diop Sene c/ Maître C., *RTD com.* 2006, p. 614, note (Cl.) CHAMPAUD et (D.) DANET. Dans cet arrêt, il fut jugé que la connaissance de la cession par les autres associés ne remplaçait pas la notification.

Rappr. le rejet de la confirmation, y compris à l'unanimité, de la nullité de la cession réalisée sans notification : Cass. com., 21 janvier 2014, n° 12-29. 221, F-P+B, Coruch c/ Salama, *Dr. sociétés* 2014, n° 4, comm. 64, note (D.) GALLOIS-COCHET. Pour plus de précision à ce propos, v. *infra* n° 576.

¹²⁰⁵ LE CANNU (P.), note sous Cass. com., 9 mai 1990, Roux c/ Charpentier et autres, *Bull. Joly Sociétés* 1990, p. 653, § 182.

¹²⁰⁶ C. com., art. L. 229-11, al. 2 (société européenne).

¹²⁰⁷ D. 78-704 du 3 juillet 1978, art. 49, al. 2 (société civile).

en l'espèce¹²⁰⁸.

Cette opinion favorable à une interprétation stricte des règles procédurales emporte la conviction. En effet, ce formalisme est certes contraignant mais, s'il était admis des tempéraments à l'impérativité de la notification, alors pourquoi ne pas l'autoriser pour d'autres étapes de la procédure ? Par exemple, pourquoi ne pas admettre une modification conventionnelle du délai de l'agrément tacite¹²⁰⁹ ? Un tel assouplissement serait dangereux car, comme il sera observé, ce délai a une fonction à la fois protectrice des intérêts en présence et sanctionnatrice de la société¹²¹⁰. Admettre le contraire reviendrait à contrarier la finalité de la loi.

Si toutes les exigences légales doivent être scrupuleusement respectées, les textes présentent néanmoins quelques lacunes. La jurisprudence s'emploie alors à les combler comme ce fut le cas, par exemple, pour la détermination de l'identité du débiteur de la notification¹²¹¹. Cependant, il est indéniable que ce droit positif crée une insécurité pour les praticiens, lesquels doivent anticiper, dans le texte des clauses, l'interprétation des dispositions légales par les juges. C'est pourquoi, comme pour le domaine de l'agrément¹²¹², une unification de l'ensemble des dispositions relatives à la notification serait utile, car leur dispersion au sein du corpus propre à chaque société n'en facilite guère l'intelligibilité¹²¹³.

II. Un formalisme divers.

306. Plan. La jurisprudence supplée souvent la loi pour déterminer le contenu de ce formalisme. Dispersé au sein des textes propres à chaque société, celui-ci se compose de diverses modalités de réalisation, mais dont le caractère commun à l'ensemble des sociétés se constate pourtant. Cependant, des questions relatives au contenu de ses mentions obligatoires se posent de façon récurrente (A), ainsi qu'à l'identité des personnes qu'elle intéresse (B) et à sa date de réalisation (C).

¹²⁰⁸ Comme l'indique son dernier alinéa : « Toute clause contraire aux dispositions du présent article est réputée non écrite ».

CHARTIER (Y.), note sous Cass. com., 9 mai 1990 ; - 24 avril 1990 ; - 3 juillet 1990, *Rev. sociétés* 1991, p. 72.

¹²⁰⁹ Cette possibilité est toutefois encadrée à l'égard de la société civile. V. en ce sens, *infra* n° 393.

¹²¹⁰ À propos de l'agrément tacite, v. *infra* n° 601.

¹²¹¹ V. *infra* n° 317.

¹²¹² V. *supra* n° 282 et s.

¹²¹³ Pour proposition d'unification, v. *infra* n° 419 et s.

A. Des mentions obligatoires éparées pour chaque forme sociale.

En fonction du type sociétaire pour lequel il existe un dispositif procédural, les mentions contenues dans la notification peuvent être différentes, ce qui ne contribue guère à la cohérence des textes, ni à la simplicité de la procédure d'agrément.

307. En présence d'une société civile. La notification doit mentionner « [...] le projet de cession de parts ou de nantissement en vue de l'agrément du cessionnaire ou du créancier nanti, la renonciation au projet de cession, la date de réalisation forcée des parts »¹²¹⁴.

Au demeurant, cet article décrit plutôt l'objet de la notification que son contenu : elle doit être réalisée en présence d'un projet de cession, de nantissement, ou en cas de renonciation par le cédant à ce projet. Mais il précise, toutefois, que la notification doit contenir la date de la cession forcée des parts lorsque celles-ci ont fait l'objet d'un nantissement¹²¹⁵. En revanche, aucune règle équivalente n'existe pour la SARL.

308. En présence d'une société à responsabilité limitée. L'article R. 223-11 du Code de commerce ne fait aucune référence au contenu de la notification de la demande d'agrément. À défaut, une transposition des mentions requises pour la société civile ou pour une société par actions semble suffisante.

309. En présence d'une société par actions. La notification doit contenir les noms, prénoms et adresse du cessionnaire-personne physique, le nombre de titres de capital ou de valeurs mobilières donnant accès au capital dont la cession est envisagée, ainsi que le prix proposé¹²¹⁶. Ces éléments permettent non seulement d'identifier le cessionnaire, mais aussi de connaître l'envergure de l'opération projetée, renseignant de la sorte la société sur l'éventuelle conformité de cette opération avec l'*intuitu personae* des actionnaires. La nécessité de mentionner le prix est toutefois plus discutable. En outre, le texte ne précise pas les mentions nécessaires pour identifier une personne morale.

309-1. La mention du prix de cession. Cette obligation légale n'est pas compatible avec tous les types de transfert, spécialement ceux réalisés par voie de fusion ou de scission¹²¹⁷. En effet, les

¹²¹⁴ D. n° 78-704 du 3 juillet 1978, art. 49, al. 1.

¹²¹⁵ Pour la renonciation du cédant au projet de cession, v. *infra* n° 510 et s.

¹²¹⁶ C. com., art. L. 228-24, al. 1^{er}.

¹²¹⁷ V. pour l'invocation de la nullité d'une notification faute de mentionner le prix dans le cadre d'une fusion-absorption : CA Rennes, 10 janvier 2001, n° 00/02609, rectifié le 18 avril 2001, Société Laboratoires Yves Rocher c/ Société Sanofi Synthelabo. Ce point n'a pas été repris par le pourvoi formé devant la Cour de cassation.

Adde CONSTANTIN (A.), « L'application des clauses d'agrément en cas de fusion ou scission : le poids des mots, le choc des principes », *Bull. Joly Sociétés* 2003, p. 742, *spéc.* n° 19.

droits sociaux transmis par le biais d'une dévolution patrimoniale ne font pas l'objet de la fixation d'un prix, mais d'une parité d'échange¹²¹⁸. Il semble alors qu'une référence au mode d'évaluation des titres de chacune des parties à l'opération puisse valoir comme prix déterminable¹²¹⁹ et, donc, remplir la condition de ce texte.

La jurisprudence pourrait confirmer cette analyse car elle admet déjà assez soupagement que la notification puisse ne mentionner qu'un prix « provisoire »¹²²⁰. Cela ne signifie pas pour autant qu'elle assouplisse son interprétation des formalités procédurales d'agrément¹²²¹. Pour comprendre cette position, une recherche de la finalité de la notification s'impose : la demande d'agrément est un acte procédural visant à protéger la société, en l'informant du projet de son associé et de ses modalités. Le prix envisagé par les parties à ce projet ne la concerne qu'indirectement : si elle devait racheter les actions à la suite de son refus d'agrément. Il ne la renseigne pas sur les qualités du cessionnaire, lesquelles intéressent l'agrément davantage que les modalités de l'opération projetée. Cette analyse explique, probablement, l'admission de cette souplesse dans ce contexte d'ordre public.

En l'absence de précision de l'article L. 228-24 du Code de commerce, la jurisprudence a également dû préciser les mentions permettant de suffisamment identifier un cessionnaire-personne morale.

309-2. L'identification du cessionnaire-personne morale. Une dernière remarque est suggérée par l'absence de référence de ce texte aux éléments d'identification d'un cessionnaire-personne morale. À ce propos, il fut néanmoins jugé que son identité était suffisamment établie, lorsque la demande d'agrément mentionnait la forme et la dénomination de la personne morale, ainsi que l'adresse de son siège social¹²²².

310. Observations conclusives du A. Les mentions obligatoires de la notification. Pour une société¹²²³, seul l'objet de la notification est mentionné dans les textes ; pour une autre¹²²⁴, son

¹²¹⁸ C. com., art. L. 236-1.

¹²¹⁹ C. civ., art. 1163, al. 2.

¹²²⁰ Cass. com., 11 janvier 2017, n° 15-13.025, société CDH, F-D, *Bull. Joly Sociétés* 2017, n° 4, p. 222, note (M.) BUCHBERGER ; *Dr. Sociétés* 2017, n° 5, comm. 79 note (C.) COUPET ; *Gaz. Pal.* 2017, n° 12, p. 82, obs. (J.-M.) MOULIN.

¹²²¹ V. *supra* n° 304.

¹²²² Cass. com., 26 avril 1994, SA Gimenez Frères c/ Crouzet, *Bull. civ.* 1994, IV, p. 124, *Rev. sociétés* 1994, p. 480, note (M.) JEANTIN.

¹²²³ V. *supra* n° 307.

¹²²⁴ V. *supra* n° 309 et s.

contenu est insuffisamment précisé ; tandis que pour une troisième¹²²⁵, ce formalisme est totalement omis. Ces incohérences textuelles sont symptomatiques d'une matière qui fut rédigée sans fil directeur, d'une structure sociétaire à une autre. Ces imperfections légales sont d'autant plus regrettables que l'ensemble de ces règles procédurales s'entend strictement ; aucun formalisme de substitution n'étant admis par la jurisprudence¹²²⁶. Toutefois, encore faut-il savoir quel est leur contenu, et spécialement, à qui adresser la notification pour valablement déclencher le processus d'agrément.

B. L'identification des parties intéressées par la notification.

311. Plan. L'exécution de la procédure d'agrément requiert de savoir qui est le débiteur de la notification et, corrélativement, qui en est le destinataire. Si l'identité de ce dernier est homogène d'une société à une autre (1), celle de son débiteur est indéterminée (2).

1. Une identité homogène du destinataire de la notification.

312. Observations préliminaires. Cette règle n'est précisée que pour les sociétés bénéficiant d'une procédure d'agrément entièrement décrite par la loi, c'est-à-dire, la société civile, la SARL, et les sociétés par actions, via leur droit commun¹²²⁷. Mais de façon surprenante, le contenu des textes en la matière est relativement homogène par rapport à la majorité des constatations précédemment formulées¹²²⁸. Par exemple, pour toutes les sociétés dont les droits sociaux sont des parts sociales, l'article 1832-2 du Code civil dispose que la notification doit être adressée à « la société ». Une règle similaire se retrouve dans les dispositions propres à chacune d'elles. Cette cohérence est suffisamment rare en la matière pour être soulignée. Elle peut s'expliquer par le fait que « la société », en tant que groupement, est intéressée par cette question de l'agrément, laquelle met en jeu l'intérêt commun des associés¹²²⁹.

313. Dans la société civile. Les dispositions légales et réglementaires relatives à la société civile prévoient deux destinataires possibles de la notification.

313-1. « [...] à la société et à chacun des associés ». Si le pouvoir d'agréer appartient aux

¹²²⁵ V. *supra* n° 308.

¹²²⁶ V. *supra* n° 304.

¹²²⁷ En effet, les dispositions relatives à certaines sociétés ne mentionnent pas toutes l'existence d'une procédure d'agrément spécifique (notamment la SAS et la société européenne), ou pour d'autres, seulement partiellement (la société en nom collectif et la société en commandite simple). V. en ce sens *infra* n° 467, n° 484 et s.

¹²²⁸ Pour un résumé des constatations faites relativement au domaine de l'agrément, v. *supra* n° 281 et s.

¹²²⁹ V. notamment à propos de l'intérêt commun, *supra* n° 160.

associés, alors la notification doit être adressée à la société et à chacun des associés¹²³⁰, à moins que ce pouvoir ne soit délégué au gérant.

313-2. Ou « à la société ». Si ce pouvoir est attribué au gérant, alors une seule notification à la société suffit¹²³¹. De même, si le nantissement des parts sociales n'a pas été accepté par la société dans un acte authentique, l'acte sous seing privé doit lui être notifié par acte d'huissier de justice¹²³². Le texte existant pour la SARL est moins précis.

314. Dans la société à responsabilité limitée : « [...] à la société et à chacun des associés ». L'article L. 223-14, alinéa 2 du Code de commerce dispose que : « Lorsque la société comporte plus d'un associé, le projet de cession est notifié à la société et à chacun des associés ». Faute de précision du texte, cette solution vaut également lorsque les statuts donnent au gérant le pouvoir de statuer sur cette demande¹²³³. En outre, il existe une limite à son application : la notification individuelle peut se révéler impraticable si la SARL comprend un nombre important d'associés. Nonobstant ces quelques défauts, cette disposition ne suscite étonnamment pas de contentieux, contrairement à l'article R. 228-23, alinéa 1^{er} du Code de commerce, propre aux sociétés par actions.

315. Dans les sociétés par actions : « [...] à la société ». L'article précité indique que la demande d'agrément doit être notifiée à la société. Dans le cadre précis d'une société anonyme, l'absence de notification aux actionnaires est logique puisque ces derniers sont susceptibles d'être nombreux et, surtout, anonymes.

Le texte précité a néanmoins suscité certaines interrogations. Il fut ainsi jugé que la notification faite à un administrateur provisoire n'était pas valable, car sa mission ne lui conférerait pas le pouvoir d'agréer¹²³⁴. Faut-il en déduire qu'il faille notifier le projet à l'organe compétent pour agréer ? Bien qu'une publicité de cette compétence soit spécialement organisée pour les sociétés par actions¹²³⁵, il ne semble pas nécessaire d'ajouter des conditions au texte, là où il n'en mentionne pas ; les règles de la procédure d'agrément étant d'interprétation stricte¹²³⁶. La notification uniquement adressée à la société suffit. Il en est de même pour les autres formes

¹²³⁰ C. civ., art. 1861, al. 3. Également en ce sens, pour les sociétés civiles professionnelles, v. L. n° 66-879, 29 novembre 1966, art. 19, al. 2 : « La transmission ou le projet de cession est notifié à la société et à chacun des associés ». Et l'article 1867, alinéa 2 en cas de nantissement des parts sociales.

¹²³¹ C. civ., art. 1861, al. 3.

¹²³² D. n° 78-704 du 3 juillet 1978, art. 49, al. 2.

¹²³³ V. pour les questionnements relatifs à la compétence du gérant de SARL, v. *infra* n° 337-2.

¹²³⁴ Cass. com., 27 octobre 1969, De La Haye c/ Blanchard, *Bull. civ.* 1969, N, 314.

¹²³⁵ C. com., art. R. 210-4, al. 2, 2°.

¹²³⁶ V. par exemple à propos de la notification, *infra* n° 304 et s.

Comp. JADAUD (B.), « Qui décide de l'agrément à la cession d'actions ? », *JCP E* 2001, p. 1946, *spéc.* n° 7. Selon cet auteur, la notification doit être faite au représentant de la société anonyme à l'égard des tiers.

sociales, lorsque le pouvoir d'agréer est attribué à un organe autre que l'assemblée générale. Ainsi l'article 1861, alinéa 3 du Code civil fait-il référence à l'hypothèse d'une compétence du gérant et, dans ce cas, la notification aux associés n'est pas nécessaire.

316. Observations conclusives du 1. L'identité du destinataire de la notification. Du rapprochement de ces règles, il est possible de déduire que, lorsque la loi laisse la possibilité aux associés de déléguer le pouvoir d'agréer aux dirigeants, alors la notification de la demande d'agrément à la seule société est suffisante. Celle-ci sera logiquement son unique destinataire en présence d'une société par actions, tandis qu'elle le sera, plus exceptionnellement, en présence d'une société de personnes ; ses intéressés étant par principe les associés. Si la notification nécessite d'être adressée à certains destinataires, l'identité de son débiteur doit également être connue.

2. Une identité indéterminée du débiteur de la notification.

317. Plan. Ce débiteur est en principe le même dans chaque société, quel que soit le fait générateur de la procédure d'agrément (a), à l'exception de la transmission résultant d'une succession (b).

a. L'identité du débiteur de la notification en général.

Qui, entre le cédant, le cessionnaire, ou même un tiers doit réaliser la notification ? Même si la jurisprudence a mis cette obligation à la charge du cédant, elle admet que le cessionnaire puisse également la réaliser.

318. Une obligation du cédant. Aucun des textes susvisés précédemment ne précise qui doit la réaliser¹²³⁷. La jurisprudence et la doctrine semblent plutôt favorables à l'attribution de cette obligation au cédant. En effet, dans une espèce où le cédant agissait afin d'obtenir l'exécution forcée de la promesse d'achat de ses parts sociales, sans avoir préalablement notifié celle-ci à ses coassociés, la Chambre commerciale de la Cour de cassation confirma la décision des juges du fond selon laquelle : « [...] il incombait au cédant d'informer ses associés du projet de cession qu'il envisageait au profit d'une personne étrangère à la société et qu'à défaut, il ne pouvait

¹²³⁷ Pour une société civile, v. D. n° 78-704 du 3 juillet 1978, art. 49. Pour une SARL, v. C. com., art. R. 223-11. Pour une société anonyme, v. C. com., art. L. 228-24 et R. 228-23.

contraindre cette personne à acquérir »¹²³⁸.

Au regard de l'ancien article 1178 du Code civil¹²³⁹, le refus opposé à cette demande était logique. Le cédant s'analysait, en effet, comme étant le débiteur ayant empêché l'accomplissement de la condition affectant le contrat, en l'occurrence, l'agrément de la société. De plus, le fait qu'il supporte la charge de cette obligation est parfaitement justifiée car l'effet relatif des contrats empêche de la faire peser sur le cessionnaire, personne extérieure au cercle sociétaire. Néanmoins, celui-ci peut aussi l'exercer à la place du cédant.

319. Un possible exercice par le cessionnaire. En l'absence de disposition l'interdisant, rien ne s'oppose à ce que le cessionnaire prenne l'initiative de la notification, spécialement en cas de négligence du cédant¹²⁴⁰. Le créancier cessionnaire n'exerce ainsi pas un droit à proprement parlé du débiteur cédant, mais il exécute son obligation.

Une solution préventive consiste à anticiper cette négligence, en stipulant dans le projet de transfert, non seulement une condition suspensive d'agrément dont la rétroactivité serait écartée¹²⁴¹, mais en indiquant aussi, une date limite pour réaliser ou obtenir l'agrément. Le cas échéant, sa méconnaissance serait susceptible d'engager la responsabilité du cédant. Une telle possibilité n'existe pas en présence de plusieurs héritiers indivisaires.

¹²³⁸ Cass. com., 24 avril 1990, Jeandet c/ Dassa, *Bull. Joly Sociétés* 1990, p. 651, § 181, note (P.) LE CANNU ; *Rev. sociétés* 1991, p. 72, note (Y.) CHARTIER. V. également en ce sens pour une SA : Cass. com., 27 mars 1990, Boyer c/ Lastella, *D.* 1991, jurispr. p. 503, note (J.) BONNARD ; *Bull. Joly Sociétés* 1990, p. 442, § 104, note (P.) LE CANNU.

Et déjà en ce sens : Cass. com., 21 juillet 1981, *Rev. sociétés* 1981, p. 771, note (J.-J.) DAIGRE.

Rappr. à propos d'une fusion : URBAIN-PARLEANI (I.), « La fusion-absorption à l'épreuve des clauses d'agrément. Le cas particulier de la transmission des droits sociaux dans le capital d'une société tierce », in *Aspects actuels du droit des affaires : mélanges en l'honneur d'Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p. 1061, *spéc.* p. 1067. L'auteur considère que « la société absorbante va recueillir de la société absorbée les parts ou les actions avec l'obligation d'agrément. Il y a là une obligation de faire (C. civ., [anc.] art. 1142) qui rend intransmissible la qualité d'associé si cette obligation n'est pas respectée ».

¹²³⁹ Cet article disposait que : « La condition est réputée accomplie lorsque c'est le débiteur, obligé sous cette condition, qui en a empêché l'accomplissement ». Pour une autre application de cet article en l'absence de notification, v. Cass. com., 27 mars 1990, Boyer c/ Lastella et autres, *D.* 1991, p. 503, note (J.) BONNARD ; *Bull. Joly Sociétés* 1990, p. 442, note (P.) LE CANNU.

Aujourd'hui, le nouvel article 1304-2 du Code civil dispose que : « Est nulle l'obligation contractée sous une condition dont la réalisation dépend de la seule volonté du débiteur. Cette nullité ne peut être invoquée lorsque l'obligation a été exécutée en connaissance de cause ».

¹²⁴⁰ À propos de parts de SARL : Cass. com., 26 mars 1996, Vignal et autre c/ Albertini, *Rev. sociétés* 1996, p. 799, note (Y.) CHARTIER ; *RTD com.* 1996, p. 475, note (Cl.) CHAMPAUD et (D.) DANET. Dans cet arrêt, la Cour de cassation approuve ainsi la décision des juges du fond : « qu'ayant relevé que l'acte avait été notifié à la société à la diligence du cessionnaire, la Cour d'appel, [...] a jugé à bon droit que la cession était opposable à la société ». Il convient de souligner, que dans cette espèce, la cession était déjà conclue entre les parties.

¹²⁴¹ Le nouvel article 1304-6 du Code civil répute la condition suspensive comme n'ayant pas, par nature, un effet rétroactif.

Adde MEKKI (M.), « La condition suspensive », *Gaz. Pal.* 2015, n° 155, p. 4.

COURET (A.) et PERRIER (C.), « Les effets d'une clause d'agrément érigée en condition suspensive », *Bull. Joly Sociétés* 1999, p. 318, § 110.

Rappr. LE CANNU (P.), « Le cessionnaire de parts de société civile ne peut se prévaloir du défaut d'agrément », note sous Cass. 3^{ème} civ., 19 juillet 2000, n° 1224 FS-PB, Navarre c/ Gautron, *Bull. Joly Sociétés* 2000, n° 11, p. 1083.

b. L'identité du débiteur de la notification en présence d'une indivision successorale.

320. Une notification individuelle par chaque indivisaire. Un arrêt de la Cour d'appel de Besançon a eu l'occasion de préciser que chaque héritier indivisaire devait demander individuellement son agrément ; les dispositions relatives à la désignation d'un mandataire chargé de représenter l'indivision s'appliquent uniquement lorsque les propriétaires indivis sont également associés¹²⁴². La demande d'agrément n'entre donc pas dans leur champ d'application.

Cette exigence est tout à fait légitime car l'agrément donné confère la qualité d'associé, individuellement, à chaque indivisaire, et non à l'indivision¹²⁴³. En outre, cette dernière n'a pas de personnalité juridique. Or précisément, l'*intuitu personae* vise à considérer les qualités personnelles du demandeur de l'agrément. Aucune contrainte de temps ne pèse toutefois sur lui pour formuler sa demande.

C. La réalisation de la notification.

321. Plan. Deux modalités sont importantes dans cette réalisation : la forme (1) et la date (2) de la notification.

1. La forme de la notification.

322. Une règle générale commune à presque toutes les sociétés. Les textes ayant trait à la société civile, à la SARL, et aux sociétés par actions, mentionnent que la notification du projet de cession, ou de nantissement, est signifiée par un acte extrajudiciaire ou par une lettre recommandée avec une demande d'avis de réception¹²⁴⁴. Cette règle ne nécessite pas d'être modifiée, mais seulement étendue à l'ensemble des sociétés¹²⁴⁵, à l'instar de celle dictant la date de réalisation de la notification.

¹²⁴² CA Besançon, 2^{ème} ch. civ., 29 avril 2009, *Iche c/ Iche*, *Dr. sociétés* 2009, comm. 155, note (R.) MORTIER.

¹²⁴³ Cass. 1^{ère} civ., 6 février 1980, n° 78-12.513, *Bull. civ.* 1980, I, n° 49, *Rev. sociétés* 1980, p. 521, note (A.) VIANDIER.

¹²⁴⁴ Pour une société civile v. D. n° 78-704 du 3 juillet 1978, art. 49, al. 1 ; pour une SARL, v. C. com., art. R. 223-11 ; pour une société par actions, v. C. com., art. R. 228-23.

¹²⁴⁵ En ce sens, v. *infra* n° 445.

2. La date de réalisation de la notification.

323. Plan. Il existe une règle de principe applicable à toutes les sociétés (a), et une règle spéciale faisant figure d'exception en cas de nantissement des parts d'une société civile (b). À l'occasion de son analyse, il conviendra de vérifier si celle-ci est justifiée par la nature spécifique du nantissement ou, au contraire, si elle peut être rapportée au postulat général.

a. Le principe applicable à toutes les sociétés.

324. Plan. Il s'agit d'une rare hypothèse pour laquelle la loi est uniforme¹²⁴⁶ : elle ne mentionne pas de délai pour réaliser la notification (α), mais elle exige néanmoins que l'agrément soit préalable au transfert des droits sociaux, ce qui sous-tend que la notification le précède (β).

a. Une absence de délai pour réaliser la notification.

325. Une absence logique. L'absence de délai légal pour notifier un projet de transfert se comprend aisément : ce n'est pas ce dernier, ni même sa réalisation effective qui déclenche la procédure, mais la notification uniquement¹²⁴⁷.

Néanmoins, l'insertion d'une clause statutaire instituant une forclusion conventionnelle semble valable, qu'elle soit stipulée dans les statuts ou dans la convention de transfert des droits sociaux. Celle-ci sera d'autant plus utile qu'elle permettra au cessionnaire d'engager la responsabilité contractuelle du cédant, si celui-ci ne respecte pas son obligation de notifier¹²⁴⁸.

Toutefois, l'expiration du délai stipulé *inter partes* n'empêche pas qu'une demande d'agrément soit présentée ultérieurement¹²⁴⁹. Plus généralement, si la loi ne mentionne pas de délai pour réaliser la notification, elle exige toutefois, implicitement, que celle-ci soit réalisée préalablement au projet de cession.

¹²⁴⁶ V. en ce sens notamment, *supra* n° 312.

¹²⁴⁷ Cass. com., 3 juillet 1990, SARL Tempo industrie et autres c/ SARMO travail temporaire et autres, *Bull. Joly Sociétés* 1990, § 274, p. 883, note (P.) LE CANNU ; *Rev. sociétés* 1991, p. 72, note (Y.) CHARTIER.

Rappr. CA Paris, 24 janvier 1986, *JCP E* 1986, I, 15846, obs. (A.) VIANDIER et (J.-J.) CAUSSAIN.

Comp. néanmoins pour le projet de nantissement de parts d'une société civile, v. C. civ., art. 1867 et 1868.

¹²⁴⁸ V. à ce propos, *supra* n° 582.

¹²⁴⁹ V. en ce sens, l'opinion exprimée par : LE CANNU (P.), « Qui doit notifier le projet de cession d'actions soumise à agrément ? », note sous Cass. com., 27 mars 1990, Boyer c/ Lastella et autres, *Bull. Joly Sociétés* 1990, n° 5, p. 442.

β. Un « agrément préalable à la cession ».

326. Une exigence doublement justifiée. En l'absence de délai pour notifier, il est cependant possible de constater qu'en présence d'une société civile et d'une SARL, les textes précisent que l'objet de la notification est « le projet de cession »¹²⁵⁰, et non la cession déjà réalisée. Les textes propres à certaines sociétés réglementées, et certaines sociétés par actions, sont plus précis, car ils indiquent expressément la nécessité de donner « [...] un agrément préalable à la cession »¹²⁵¹. À cet égard, lors d'un litige relatif au transfert d'actions d'une société anonyme par la voie d'une fusion, il fut jugé que la demande d'agrément devait être formulée préalablement à la réalisation de l'opération envisagée ; celle présentée postérieurement étant sans effet¹²⁵².

Cette exigence est non seulement conforme à l'esprit protecteur de la loi, mais aussi à la pratique, où les cessions fermes avant l'aboutissement de la procédure d'agrément sont rares, en raison du risque d'être remises en cause par cette dernière¹²⁵³. Une exception existe toutefois en présence d'un nantissement des parts d'une société civile.

b. Une exception en cas de nantissement des parts d'une société civile.

327. Les articles 1867, alinéa 2 et 1868, alinéa 1^{er} du Code civil. Ces textes disposent que le projet de réalisation forcée doit être notifié aux associés et à la société un mois avant la date effective de la vente. Cette disposition spéciale a pour but de protéger la société et les associés en leur donnant le temps de réfléchir à une solution permettant d'éviter l'entrée de l'adjudicataire. Celle-ci peut consister à décider la dissolution de la société, ou l'acquisition des parts dans les

¹²⁵⁰ C. civ., art. 1861, al. 3 (société civile) ; C. com., art. L. 223-14, al. 2 (SARL).

¹²⁵¹ C. com., art. L. 227-14 (SAS) : « les statuts peuvent soumettre toute cession d'actions à l'agrément **préalable** de la société » (nous le soulignons) ; C. santé pub., art. L. 6212-4, 4^o (les laboratoires d'analyses de biologie médicale exploités sous la forme d'une SARL ou d'une SA) : « L'adhésion d'un nouvel associé est subordonnée **à l'agrément préalable** de l'assemblée générale statuant à la majorité des deux tiers » (nous le soulignons) ; L. n^o 77-2 du 3 janvier 1977, art. 13, 4^o (sociétés d'architectures, quel qu'en soit la forme sociale) : « L'adhésion d'un nouvel associé est subordonnée **à l'agrément préalable** de l'assemblée générale statuant à la majorité des deux tiers » (nous le soulignons) ; C. com., art. L. 822-9, al. 6 (sociétés de commissaires aux comptes, quelle qu'en soit la forme sociale) : « l'admission de tout nouvel actionnaire ou associé est subordonnée **à un agrément préalable** [...] » (nous le soulignons).

¹²⁵² Cass. com., 6 mai 2003, n^o 01-12.567, Société Sanofi-Synthelabo c/ Société Laboratoires Yves Rocher, *Bull. civ.* 2003, IV, n^o 70, p. 79 ; *D.* 2003, p. 1438, note (A.) LIENHARD ; *RTD com.* 2003, p. 525, obs. (J.-P.) CHAZAL et (Y.) REINHARD ; *D.* 2004, p. 273, note (J.-Cl.) HALLOUIN ; *Dr. et patrimoine* octobre 2003, n^o 119, p. 36, *obs. crit.* (J.-P.) BERTREL ; *JCP* 2003, II, 10181, *note crit.* (B.) THULLIER. Cette impossibilité de régulariser est toutefois propre aux opérations de restructuration. La jurisprudence admet dans les autres cas qu'il soit procédé à une régularisation par l'envoi d'une notification valable. *V. infra* n^o 576.

¹²⁵³ *V.* à ce propos, spécialement en présence de droits sociaux minoritaires : LE CANNU (P.), « Responsabilité de la société anonyme et de ses dirigeants en cas de refus d'agrément du cessionnaire d'actions », note sous Cass. com., 25 février 1992, *Naïs c/ Société SDMS et autres*, *Bull. Joly Sociétés* 1992, p. 519.

conditions prévues aux articles 1862 et 1863 du Code civil¹²⁵⁴. Le texte ajoute une précision importante : le consentement donné au projet de nantissement vaut agrément. Il s'agit d'une exception à la prohibition d'un agrément donné à l'avance et en blanc¹²⁵⁵ ; l'identité de l'adjudicataire n'étant pas toujours connue. Mais refuser l'agrément trop rapidement peut aussi nuire au gage des créanciers. C'est pourquoi, afin de protéger l'intérêt de la société, une fois l'identité de l'adjudicataire connue, la loi lui offre, en contrepartie, un droit de rétractation. Le caractère exorbitant du dispositif par rapport au précédent principe apparaît, de la sorte, totalement justifié par l'équilibre instauré entre, l'intérêt du créancier à réaliser son gage, et celui de la société à préserver son *intuitu personae*.

Ainsi, contrairement au principe d'un agrément préalable au transfert, la société peut exceptionnellement refuser l'agrément, une fois la vente forcée réalisée, mais à condition de respecter le délai imposé par la loi¹²⁵⁶. Le cas échéant, un effet de la notification risque de lui être opposé : celui de l'agrément tacite de l'adjudicataire.

§ III. Les effets de la notification.

328. Un double effet. Deux effets de la notification retiennent l'attention. Un effet principal applicable à l'ensemble des sociétés, et un effet spécial propre à la SARL.

328-1. Un effet principal concernant l'ensemble des sociétés. Le principal effet de la notification est d'être le point de départ de la computation du délai de l'agrément tacite¹²⁵⁷. Ce point de départ est donc très important car, à l'expiration du délai, l'agrément sera réputé accordé en l'absence de toute décision sociale. Par son instauration, la loi a voulu dissuader la société de négliger la notification et, de la sorte, empêcher son associé cédant de la quitter¹²⁵⁸. Un second effet de la notification peut être par ailleurs remarqué en présence d'une SARL, celui-ci concernant l'organisation de la procédure.

328-2. Un effet secondaire propre à la SARL. Consécutivement à la notification, et dans un délai de huit jours à compter de celle-ci, le gérant doit convoquer l'assemblée des associés pour qu'elle délibère sur le projet de cession des parts sociales ou, si les statuts le permettent, il

¹²⁵⁴ À propos du dispositif de rachat, v. *infra* n° 464 et s.

¹²⁵⁵ Pour plus de détails à propos des caractéristiques de la décision sociale accordant l'agrément, v. *infra* n° 398 et s.

¹²⁵⁶ Pour plus de précisions sur le dispositif de rachat, v. *infra* n° 464 et s.

¹²⁵⁷ Pour une SARL, v. C. com., art. L. 223-14, al. 2. Pour une SA, v. C. com., art. R. 228-23, al. 1. Pour la société civile, v. C. civ., art. 1863, al. 1^{er}.

¹²⁵⁸ Pour plus de précisions à propos de cette sanction, v. *infra* n° 601 et s.

consulte les associés par écrit¹²⁵⁹.

En cas d'inactivité du gérant, sa négligence engagerait certes sa responsabilité, mais elle n'empêcherait pas le cédant de réaliser son projet de cession, une fois le délai légal expiré. C'est pourquoi, la loi prévoit l'obligation de notifier le projet aux associés afin de les informer et, le cas échéant, de mettre en demeure le gérant de procéder à une consultation régulière¹²⁶⁰. Mais il n'existe pas un mécanisme de protection similaire dans les textes des sociétés pour lesquelles la notification n'est adressée qu'à la personne morale¹²⁶¹. Une extension de cette obligation serait donc souhaitable à leur ensemble. Car ce n'est qu'une fois l'ensemble des règles relatives à la notification respectées, que les associés pourront, par une décision sociale, statuer sur la demande d'agrément.

Sous-section III. La décision sociale accordant ou refusant l'agrément.

329. Plan. Pour être valable, la décision de la société requiert de respecter certaines règles de forme ayant trait à ses modalités d'adoption (§ I), et à sa notification (§ II)¹²⁶². À l'instar du domaine de l'agrément¹²⁶³, une question s'impose s'agissant de ces modalités : l'ont-elles été sans réelle cohérence entre les différentes sociétés, de sorte à ne pas former un ensemble rationnel¹²⁶⁴ ?

§ I. Les modalités d'adoption de la décision sociale.

330. Plan. L'analyse de ces modalités permettra de déterminer non seulement la qualité du titulaire du pouvoir d'agréer (I), mais aussi, les règles de vote de la décision pour le cas où un organe collégial doit se réunir (II), ainsi que le délai pendant lequel celle-ci doit être prise (III). En outre, cette dernière présente certains caractères (IV). Complexes rien que par leur énoncé, il n'est guère surprenant que ces modalités aient fait l'objet d'un contentieux abondant. Leur complexité est-elle pour autant intrinsèquement justifiée ?

¹²⁵⁹ C. com., art. R. 223-12 ; Cass. com., 11 février 1963, *JCP* 1963, IV, 39.

¹²⁶⁰ V. en ce sens, HÉMARD (J.), TERRÉ (F.), MABILAT (P.), *Sociétés commerciales*, t. 1, Dalloz, 1972, p. 445, n° 439.

¹²⁶¹ À propos de ces sociétés, v. *supra* n° 315.

¹²⁶² Les recours possibles contre cette décision seront évoqués ultérieurement, dans un chapitre consacré à la violation de la procédure d'agrément, v. *infra* n° 600 et s.

¹²⁶³ V. *supra* n° 82 et s.

¹²⁶⁴ La simplification de la procédure d'agrément nécessitera de les synthétiser et de les unifier. V. *infra* n° 410 et s.

I. La détermination du titulaire du pouvoir d'agréer.

331. Plan. Quel organe social est compétent pour décider d'une demande d'agrément ? Un indice pour y répondre peut-il être déduit de la définition décrivant un organe social comme ayant « pour fonction, dans un domaine déterminé, d'exprimer la volonté de la personne morale »¹²⁶⁵ ? Afin de le savoir, une analyse globale du droit positif (A) et de ses problèmes d'application (B) s'impose.

A. L'analyse des dispositions actuelles.

332. Plan. Comme pour la source de l'agrément¹²⁶⁶, l'analyse distinguera selon la nature des droits sociaux de chaque société, en raison de la différence d'organisation liée à chaque catégorie. De la sorte, il sera d'abord étudié les dispositions des sociétés de personnes et de la SARL (1), puis celles des sociétés par actions (2). Enfin, la spécificité liée au caractère professionnel de certaines sociétés sera précisée (3). *In fine*, les caractéristiques de chacune de ces catégories influencent-elles la détermination du titulaire du pouvoir d'agréer ? Cette analyse sera l'occasion de s'interroger sur le bien-fondé du droit positif et, le cas échéant, sur d'éventuelles améliorations.

1. Le titulaire du pouvoir d'agréer dans les sociétés de personnes et la SARL.

Classiquement, les textes de la société civile et la SARL sont concernés par cette désignation car ils sont les plus précis. Cependant, plus exceptionnellement, ceux de la SNC et de la commandite simple, d'ordinaire évasifs, contiennent aussi quelques informations, ainsi que l'article 1832-2 du Code civil, applicable à l'ensemble de ces sociétés. *In fine*, il conviendra de s'interroger sur la cohérence de ces dispositions et, peut-être, d'en déduire une règle générale sur le titulaire du pouvoir d'agréer dans ces sociétés.

333. Une disposition générale aux parts sociales. À titre liminaire, il est intéressant de remarquer que l'article 1832-2 du Code civil, ayant trait à la revendication de la qualité d'associé par le conjoint commun en biens, de l'acquéreur ou du souscripteur de parts sociales, dispose que l'agrément est donné par les « associés ». Cette affirmation semble attribuer, par principe, le pouvoir d'agréer aux associés titulaires de parts sociales, et cette attribution est logique. Car, dans ces sociétés au fort *intuitu personae*, ils sont directement concernés par la composition de leur

¹²⁶⁵ LE CANNU (P.), *Droit des sociétés*, Montchrestien, 2^{ème} éd., 2003, p. 173, n° 298. Cette définition se réfère à la théorie de l'institution.

¹²⁶⁶ V. *supra* n° 90 et s.

cercle, à l'instar de ceux d'une SNC.

334. La société en nom collectif : « [...] avec le consentement de tous les associés ». L'article L. 221-13 du Code de commerce pose un principe sans exception aux termes duquel les parts sociales « ne peuvent être cédées qu'avec le consentement de tous les associés ».

La jurisprudence a dû préciser le sens du mot consentement mentionné dans ce texte comme « [...] n'impos[ant] pas que la SNC donne son consentement à la cession des parts des associés »¹²⁶⁷. En effet, dans cette affaire, la nullité de la cession était invoquée faute pour la société d'y avoir consenti. Or, la Cour de cassation rejeta cette interprétation car, selon elle, la mention du mot « consentement » ne fait pas de la cession une convention tripartite nécessitant, en plus du consentement du cédant et du cessionnaire, celui de la société au sens de l'ancien article 1108 du Code civil¹²⁶⁸. Cette analyse est importante : elle confirme la nature de l'agrément comme étant une modalité du transfert des droits sociaux, et non une condition de sa validité¹²⁶⁹.

Une question se pose néanmoins au regard de la rédaction de cet article du Code de commerce : son second alinéa, sanctionnant toute clause contraire, vise-t-il également le titulaire du pouvoir d'agréer ? Autrement dit, est-il interdit aux associés de déléguer ce pouvoir ? Il semble que la réponse à cette question soit positive, le second alinéa visant l'ensemble des propositions de ce texte. Cette interdiction peut se comprendre au regard de l'importance de l'*intuitu personae* dans cette société, mais aussi, au regard du fait que, par principe, les associés ont la qualité de gérants, ce qui réduit l'intérêt de cette délégation¹²⁷⁰. Cette remarque est valable pour la société en commandite simple dont le texte est formulé de la même façon.

335. La société en commandite simple : « [...] avec le consentement de tous les associés ». L'article L. 222-8 du Code de commerce pose le principe d'un agrément donné par les associés. Ce principe ne semble pas souffrir d'exceptions ; celles mentionnées dans le texte concernant uniquement les modalités de vote. En revanche, une exception à leur compétence de principe existe pour la société civile.

336. La société civile : « [...] avec l'agrément de tous les associés » ou « [...] accordé

¹²⁶⁷ Cass. com., 13 février 1996, SNC Alma intervention et autres c/ SNC Almaflux et autres, *Bull. Joly Sociétés* 1996, p. 404, note (P.) LE CANNU.

¹²⁶⁸ C. civ., nouv. art. 1130. Adde ANDREU (L.), THOMASSIN (N.), *Cours de droit des obligations*, Gualino, 2^{ème} éd., 2017, p. 140, n° 324 ; MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.), *Droit des obligations*, Defrénois, coll. Droit civil, 8^{ème} éd., 2016, p. 281, n° 493.

¹²⁶⁹ V. à propos de la nature de l'agrément, *supra* n° 48 et s., et sur les conséquences que celle-ci implique en cas d'inobservation de la notification du projet de transfert des droits sociaux, v. *infra* n° 562 et s.

¹²⁷⁰ C. com., art. L. 221-3.

par les gérants ». En principe, le pouvoir d'agréer est détenu par les associés¹²⁷¹. Par exception, les statuts peuvent convenir que ce pouvoir sera accordé aux gérants¹²⁷². Cette possibilité s'analyse comme une délégation, à leur profit, du pouvoir des associés, ainsi que l'y autorise l'article 1846, alinéa 2 du Code civil¹²⁷³. En dépit de l'absence de mention de cette faculté à l'article 1870 du Code civil, lequel encadre les suites du décès d'un associé, la jurisprudence a admis sa transposition à cette hypothèse, dont l'absence résulte certainement d'une imprécision rédactionnelle¹²⁷⁴. Mais, lorsque le gérant bénéficie d'un tel pouvoir, la loi met à sa charge une obligation particulière s'il décide de refuser l'agrément.

336-1. L'obligation particulière du gérant en cas de refus d'agrément. Ce dernier doit aviser les associés du contenu des dispositions des articles 1862 et 1863 du Code civil, par lettre recommandée avec une demande d'accusé de réception, préalablement au refus d'agrément de la cession projetée et, s'il y a lieu, des stipulations statutaires relatives aux conséquences du refus d'agrément¹²⁷⁵. Utile, cette obligation d'information devrait être étendue à l'ensemble des sociétés¹²⁷⁶ car, à la suite de cette décision, la société est susceptible de supporter un coût important : celui du rachat des parts du cédant. Toutefois, encore faut-il, au préalable, que la possibilité de déléguer ce pouvoir soit admis par la loi pour d'autres sociétés, et notamment la SARL.

337. Dans la société à responsabilité limitée : « [...] avec le consentement [...] des associés ». Les articles du Code de commerce encadrant la procédure d'agrément d'une SARL mentionnent les associés comme uniques détenteurs du pouvoir d'agréer¹²⁷⁷. Faut-il en déduire, *in fine*, l'impossibilité de déléguer leur pouvoir aux gérants ? La jurisprudence a apporté une précision qui ne semble pas encourager une réponse négative.

337-1. L'exigence jurisprudentielle de la réunion d'une assemblée générale des associés. Complétant le dispositif légal, la Cour de cassation a considéré que la tenue d'une

¹²⁷¹ C. civ., art. 1861 al. 1^{er} : « Les parts sociales ne peuvent être cédées qu'avec l'agrément de **tous les associés** » (nous le soulignons).

¹²⁷² C. civ., art. 1861 al. 2 : « Les statuts peuvent toutefois convenir que cet agrément sera [...] accordé **par les gérants** » (nous le soulignons).

¹²⁷³ C. civ., art. 1846, al. 2 : « Les statuts fixent les règles de désignation du ou des gérants et le mode d'organisation de la gérance ».

Pour plus de précisions à propos de la nature de cette délégation, et de la généralisation proposée, v. *infra* n° 437 et s.

¹²⁷⁴ C. civ., art. 1870, al. 1^{er} : « La société n'est pas dissoute par le décès d'un associé, mais continue avec ses héritiers ou légataires, sauf à prévoir dans les statuts qu'ils doivent être agréés **par les associés** » (nous le soulignons). V. pour un litige où les juges ont néanmoins accepté que l'agrément soit donné par le gérant : CA Besançon, 2^{ème} ch. civ., 29 avril 2009, *Iche c/ Iche*, *Dr. sociétés* 2009, comm. 155, note (R.) MORTIER.

¹²⁷⁵ D. n° 78-704 du 3 juillet 1978, art. 50. Pour une illustration, v. Cass. 3^{ème} civ., 5 janvier 1994, n° 91-17.301.

¹²⁷⁶ Pour le projet de simplification proposé, v. *infra* n° 438 et s.

¹²⁷⁷ V. C. com., art. L. 223-13 à L. 223-16 ; art. R. 223-12 et R. 223-13.

assemblée était indispensable¹²⁷⁸. Cette exigence est conforme à l'article R. 223-12 du Code susvisé, lequel oblige le gérant, dans un délai de huit jours à compter de la notification, à convoquer « l'assemblée des associés pour qu'elle délibère sur le projet de cession des parts sociales ou, si les statuts le permettent, consulte les associés par écrit sur ce projet »¹²⁷⁹. Dès lors, la formulation de cette précision suscite une question : celle de savoir si le silence des textes autorise les associés à déléguer leur pouvoir aux gérants.

337-2. Quid de la validité de la clause accordant le pouvoir d'agréer au gérant ? Sous l'empire de la loi du 7 mars 1925, certaines décisions de cours d'appel considéraient que la clause accordant un tel pouvoir au gérant entraînait la nullité de la société. Selon ces magistrats, du fait de la mise en œuvre de cette clause, les parts sociales devenaient librement cessibles, ce qui les rapprochait ainsi des actions¹²⁸⁰. Critiquable, une telle opinion confondait le pouvoir d'agréer et l'incidence de l'agrément sur la cession des droits sociaux.

Désormais, en vertu de l'article L. 223-18 du Code de commerce, lequel dispose que « dans les rapports entre associés, les pouvoirs des gérants sont déterminés par les statuts », la faculté pour eux de déléguer leur pouvoir d'agréer aux gérants, par une mention expresse des statuts, est tout à fait admise. C'est d'ailleurs une possibilité légalement admise pour la société civile¹²⁸¹. Rien n'interdit d'adopter un raisonnement par analogie pour la SARL, cette société étant susceptible d'être tout aussi fortement teintée d'*intuitu personae*.

338. Observations conclusives du 1. Les titulaires du pouvoir d'agréer dans les sociétés de personnes et la SARL. Dans ces sociétés, le pouvoir d'agréer appartient aux associés. Cette attribution est logique, car ils sont les premiers intéressés par la définition et la préservation de l'*intuitu personae*¹²⁸². Néanmoins, ils peuvent parfois s'en désintéresser s'ils ne s'estiment pas concernés par la détention du pouvoir au sein de la société¹²⁸³. Se pose alors la question de savoir s'ils peuvent déléguer leur pouvoir aux gérants ? Cette possibilité est admise expressément à l'égard de la société civile et, indirectement par la jurisprudence, à l'égard de la SARL. Toutefois, les textes de la SNC et de la commandite simple ne semblent pas l'admettre en

¹²⁷⁸ Cass. com., 26 janvier 1993, Madar et autre c/ Caudan, *Bull. civ.* 1993, IV, n° 32, p. 20 ; *Bull. Joly Sociétés* 1993, p. 462, note (A.) COURET ; *JCP E* 1993, II, 419, note (H.) LE NABASQUE ; *Rev. sociétés* 1993, p. 422, note (B.) SAINTOURENS. Pour les règles de vote, v. *infra* n° 366 et s.

¹²⁷⁹ Pour la sanction de la méconnaissance de cette obligation par le cédant, v. *supra* n° 562 et s.

¹²⁸⁰ V. pour ce qui semble néanmoins une décision isolée des juges du fond : CA Aix-en-Provence, 15 décembre 1953, Société du Grand Hôtel du Cap Martin c/ Société Immobilière du Cap Martin, *JCP* 1954, II, 8066, note J. R.

¹²⁸¹ C. civ., art. 1861, al. 1 et 2. V. *supra* n° 336.

¹²⁸² Pour des analyses plus précises justifiant cette attribution, v. *infra* n° 431 et s.

¹²⁸³ Pour plus de précisions à ce propos, v. *infra* n° 437 et n° 439.

raison de leur impérativité laquelle, en l'absence de réserve légale, s'attache à la proposition textuelle d'un « consentement de tous les associés »¹²⁸⁴. Une telle restriction n'existe sans doute pas à l'égard des sociétés par actions pour lesquelles l'*intuitu personae* est supposé absent¹²⁸⁵.

2. Le titulaire du pouvoir d'agréer des sociétés par actions.

339. Plan. Celui-ci est évoqué aux termes des articles L. 228-23 et L. 228-24 du Code de commerce, textes du droit commun des actions¹²⁸⁶ (a). Leur rédaction étant influencée par l'organisation de la société anonyme, il en résulte une certaine complexité s'agissant de la désignation du titulaire de l'agrément. Au contraire, les textes propres à chaque société ne précisent rien à ce sujet (b). Quelle articulation convient-il dès lors d'en déduire entre le droit commun et ces dispositions spéciales ?

a. L'identification du titulaire du pouvoir d'agréer d'après le droit commun des sociétés par actions.

340. Plan. L'analyse du contenu des deux textes susvisés (α) révèle l'existence de lacunes, lesquelles peuvent néanmoins trouver des pistes de solution, dont la crédibilité sera successivement examinée (β).

a. Les incertitudes des textes.

341. « [...] l'agrément de la société ». Les articles L. 228-23, alinéa 1^{er} et, L. 228-24, alinéa 2, du Code de commerce indiquent que « la société » statue sur la demande d'agrément sans autre précision pour le premier et, pour le second, que « le conseil d'administration, le directoire ou les gérants » sont compétents, mais uniquement pour décider des suites du refus d'agrément¹²⁸⁷. Dès lors, faut-il comprendre que les organes sociaux énoncés par ce second texte représentent la société au sens du premier, c'est-à-dire, en sa qualité de titulaire du pouvoir d'agréer ? Cela n'est absolument pas certain. L'incertitude résultant de la combinaison de ces dispositions est

¹²⁸⁴ C. com., art. L. 221-13.

¹²⁸⁵ *Comp.*, toutefois, la supposition légale selon laquelle les transmissions familiales doivent être favorisées dans ces sociétés, v. en ce sens : *supra* n° 126 et s.

¹²⁸⁶ Ce texte est inscrit dans une section relative aux actions du chapitre VIII (« Des valeurs mobilières émises par les sociétés par actions ») du livre II (« Des sociétés commerciales et des groupements d'intérêts économiques ») du Code de commerce.

¹²⁸⁷ L'article L. 228-26 du Code de commerce se réfère également au consentement de la société à un projet de nantissement d'actions, lequel emporte agrément du cessionnaire en cas de réalisation forcée des actions nanties.

problématique, car l'absence de détermination statutaire de cet organe social est sanctionnée par l'inopposabilité de la clause d'agrément¹²⁸⁸.

Étonnamment, cette importante question a peu intéressé la doctrine¹²⁸⁹, avant d'être révélée par un arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation, le 12 mai 2004¹²⁹⁰, lequel suggère une solution au problème posé.

342. Des suggestions de la jurisprudence et des textes spéciaux. Par cet arrêt, les Hauts magistrats affirment que « [...] le contrôle des négociations de titres [...] peut être dévolu soit au conseil d'administration [...], soit à l'assemblée des actionnaires ». Cependant, l'article L. 228-24 du Code de commerce n'indique pas la compétence de l'assemblée pour décider des conséquences d'un refus d'agrément. Le bon sens voudrait que l'organe compétent pour décider de ses suites soit le même que celui habilité à statuer sur une demande d'agrément¹²⁹¹.

Toutefois, ce raisonnement littéral exclurait la compétence de l'assemblée générale des actionnaires, ce qui ne saurait être possible depuis l'arrêt précité. De plus, les textes relatifs à certaines sociétés réglementées mentionnent la compétence possible de l'assemblée générale, alternativement à celle du conseil d'administration¹²⁹² voire, parfois, son unique compétence¹²⁹³.

¹²⁸⁸ Pour le fondement de cette obligation, v. C. com., art. R. 210-4, al. 2, 2°. Pour la sanction de l'inopposabilité de la clause, v. Cass. com., 31 mai 2005, n° 03-10.955 (N°817 FD), Sociétés All Suites Hôtel c/ Société Hardy Trust, *Bull. Joly Sociétés* 2005, p. 1396, note (Th.) MASSART. Pour plus de détails, v. *supra* n° 293 et s. Et les sanctions, v. *infra* n° 599 et s.

¹²⁸⁹ V. déjà : RIPERT (G.), ROBLOT (R.), *Traité élémentaire de droit commercial, Les sociétés commerciales, Commentaire de la loi du 24 juillet 1966*, t. 1, L.G.D.J., 1968, p. 637, n° 1254, selon Ripert et Roblot, cette formule vague englobe aussi bien le conseil d'administration ou le directoire, que l'assemblée générale ; HEMARD (J.), TERRÉ (F.), MABILAT (P.), *Sociétés commerciales*, t. 3, Dalloz, 1978, p. 78, n° 111, les auteurs soulignent la spécificité française de cette mention par rapport aux lois étrangères qui désignent l'organe de la société compétent pour statuer en matière de transfert d'actions.

V. également : JADAUD (B.), « Qui décide de l'agrément à la cession d'actions ? », *JCP E* 2001, p. 1946 ; GUYON (Y.), *J. Cl. Sociétés Traités*, Fasc. 97-B, « Clauses d'agrément et de préemption dans les sociétés anonymes », 1980, n° 39 et n° 40 ; GUYON (Y.), *Traité des contrats, Les sociétés. Aménagements statutaires et conventions entre associés*, L.G.D.J., 5^{ème} éd., 2002, p. 182, n° 106 ; MERLE (Ph.), avec la collaboration de FAUCHON (A.), *Droit commercial, Société commerciales*, Dalloz, coll. Précis, 20^{ème} éd., 2017, p. 403, n° 378 ; COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (Fl.), *Droit des sociétés*, Litec, coll. Manuel, 29^{ème} éd., 2016, p. 431, n° 990.

¹²⁹⁰ Cass. com., 12 mai 2004, UNFOHLM c/ SA Trois Moulins Habitat, *Bull. civ.* 2004, IV, n° 95 ; *Bull. Joly Sociétés* 2004, p. 1257, note (A.) CONSTANTIN ; *Rev. sociétés* 2004, p. 940, note (Th.) BONNEAU ; *RTD com.* 2004, p. 540, note (P.) LE CANNU ; *JCP E* 2004, p. 1512, note (H.) LÉCUYER ; statuant sur un pourvoi formé contre CA Paris, 25^{ème} ch. A, 22 octobre 1999, UNFOHLM c/ SA Trois Moulins Habitat, *Bull. Joly Sociétés* 2000, p. 205, note (J.-J.) DAIGRE ; *Dr. sociétés* 2000, comm. n° 22, obs. (Th.) BONNEAU.

Rappr. déjà : Cass. com., 27 octobre 1969, *Bull. civ.* 1969, IV, n° 310 ; *RTD com.* 1970, p. 423, obs. (R.) HOUIN ; Cass. com., 19 février 1970, *Bull. civ.* 1970, IV, n° 123.

Addé DONDERO (B.), « Les clauses d'agrément dans les sociétés par actions après la réforme », *LPA* 2005, n° 189, p. 44, *spéc.* n° 26, regrettant que le législateur de 2004 n'ait pas profité de la réforme des articles L. 228-23 et L. 228-24 du Code de commerce pour affirmer l'identité de l'organe compétent.

¹²⁹¹ En ce sens, v. JADAUD (B.), « Qui décide de l'agrément à la cession d'actions ? », *JCP E* 2001, p. 1946, *spéc.* n° 20-6 : « Paradoxalement, c'est, sans doute, en regardant comment la loi apporte une solution à un refus d'agrément, que l'on peut envisager quel serait l'organe qui devrait, a priori, avoir compétence pour statuer sur une demande d'agrément ».

¹²⁹² Pour les sociétés coopératives, l'article 11 de la loi du 10 septembre 1947 dispose que toute cession « [...] est soumise à l'approbation, soit de l'assemblée générale, soit des administrateurs ou gérants, dans les conditions fixées par les statuts » (nous le soulignons).

Pour les sociétés à capital variable, l'article L. 231-4, alinéa 3 du Code de commerce dispose que : « [...] les statuts peuvent donner, soit au conseil d'administration, soit à l'assemblée générale, le droit de s'opposer au transfert » (nous le soulignons).

Avant de répondre précisément à la question soulevée par l'articulation de ces dispositions¹²⁹⁴, chacune des compétences mentionnées doit être vérifiée.

β. L'analyse de chacune des solutions possibles.

De la combinaison de la solution posée par l'arrêt du 12 mai 2004¹²⁹⁵ et des textes précités, il résulte la compétence possible de plusieurs organes, pour statuer sur une demande d'agrément formulée à l'égard d'une société par actions : l'assemblée générale des actionnaires, le conseil d'administration ou le conseil de surveillance et, enfin, les dirigeants ou le directoire.

343. La compétence de l'assemblée générale des actionnaires. Cette compétence est celle de principe mais, ni la jurisprudence, ni les textes spéciaux ne précisent s'il s'agit de l'assemblée générale ordinaire ou extraordinaire¹²⁹⁶.

343-1. Une compétence de principe en l'absence de disposition légale ou statutaire contraire. En principe, la répartition des tâches entre les organes d'une société anonyme est assurée par la loi, laquelle garantit théoriquement, par leur spécialisation, la séparation de leurs pouvoirs¹²⁹⁷. Le rôle de l'assemblée des actionnaires est ainsi en partie réduit au vote de certaines décisions, lesquelles peuvent néanmoins être très importantes, comme par exemple, celles

Pour les sociétés d'exercice libéral à forme anonyme, l'article 10, alinéa 2 de la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990 dispose que « les cessions d'actions de sociétés d'exercice libéral à forme anonyme sont soumises à un agrément préalable donné, dans les conditions prévues par les statuts, soit par les deux tiers **des actionnaires exerçant leur profession au sein de la société**, soit par les deux tiers des **membres du conseil de surveillance ou du conseil d'administration exerçant leur profession dans la société** » (nous le soulignons).

Pour les sociétés de commissaires aux comptes, l'article L. 822-9, alinéa 6 du Code de commerce dispose que : « L'admission de tout nouvel actionnaire ou associé est subordonnée à un agrément préalable qui, dans les conditions prévues par les statuts, peut être donné soit par **l'assemblée des actionnaires ou des porteurs de parts, soit par le conseil d'administration ou le conseil de surveillance ou les gérants selon le cas** » (nous le soulignons).

Néanmoins, la mention de l'assemblée générale est omise pour certaines sociétés. Par exemple, pour les sociétés anonymes de presse, l'article 4 de la loi n° 86-897 du 1^{er} août 1986 dispose que : « [...] Toute cession est soumise à l'agrément du conseil d'administration ou du conseil de surveillance » ; pour les sociétés anonymes d'habitations à loyer modéré, l'article R. 422-1 du Code de la construction et de l'habitation, proposant un modèle de clause d'agrément à ces sociétés, dispose que « le transfert d'actions à un tiers non actionnaire de la société, à quelque titre que ce soit, doit être autorisé par le conseil (d'administration) (de surveillance) [rayer la mention inutile] qui n'est pas tenu de faire connaître les motifs de son agrément ou de son refus ».

¹²⁹³ Pour les laboratoires d'analyses de biologie médicale exploités sous la forme d'une SA, l'article L. 6212-4, 4° du Code de la santé publique dispose que : « L'adhésion d'un nouvel associé est subordonnée à l'agrément préalable de **l'assemblée générale** statuant à la majorité des deux tiers » (nous le soulignons).

Pour les sociétés d'architecture exploitées sous la forme d'une société anonyme, l'article 13, 4° de la loi n° 77-2 du 3 janvier 1977 dispose que : « L'adhésion d'un nouvel associé est subordonnée à l'agrément préalable de **l'assemblée générale** statuant à la majorité des deux tiers » (nous le soulignons).

¹²⁹⁴ En ce sens, v. *infra* n° 352 et s.

¹²⁹⁵ Cass. com., 12 mai 2004, UNFOHLM c/ SA Trois Moulins Habitat, *Bull. civ.* 2004, IV, n° 95 ; *Bull. Joly Sociétés* 2004, p. 1257, note (A.) CONSTANTIN ; *Rev. sociétés* 2004, p. 940, note (Th.) BONNEAU ; *RTD com.* 2004, p. 540, note (P.) LE CANNU ; *JCP E* 2004, p. 1512, note (H.) LÉCUYER.

¹²⁹⁶ V. à ce propos, *supra* n° 342.

¹²⁹⁷ Pour une illustration, v. le célèbre arrêt Motte : Cass. civ., 4 juin 1946, *S.* 1947, p. 153, note (P.) BARBRY ; *JCP* 1947, II, 3518, note (D.) BASTIAN ; *Journ. Sociétés* 1946, p. 374, note P. B.

modifiant les statuts¹²⁹⁸. Or, l'article L. 228-24, alinéa 2 du Code de commerce ne mentionne pas sa compétence pour décider des suites du refus d'agrément ni, *a fortiori*, pour décider de l'agrément si, du moins, les deux organes visés par ce texte sont compris comme étant nécessairement les mêmes¹²⁹⁹.

Cette analyse n'est néanmoins plus valable depuis l'arrêt rendu par la Chambre commerciale le 12 mai 2004¹³⁰⁰. En effet, celui-ci affirme la compétence de principe de l'assemblée générale. Cette attribution est logique puisque, lorsque l'*intuitu personae* domine la composition de la société, la décision d'agréer un nouvel actionnaire modifie le pacte statutaire¹³⁰¹. Plus précisément, cet arrêt indique que ce vote est un pouvoir propre de l'assemblée générale, ce que certains déploieront comme un retour à une conception classique de la société dont l'assemblée est l'organe souverain¹³⁰². De l'indication selon laquelle ce contrôle « relève nécessairement du pouvoir de l'assemblée »¹³⁰³, il se déduit l'existence d'une délégation du pouvoir d'agréer de l'assemblée générale au profit du conseil d'administration. Celle-ci est illustrée par le fait qu'en l'espèce, la dissolution de la société a mis fin à l'ensemble des fonctions du conseil d'administration, dont le mandat statutairement donné de contrôler les négociations de titres. Il convient aussi de noter que, dans cette formulation, l'emploi du mot « nécessairement » marque l'absence d'alternatives quant au détenteur originaire de ce pouvoir, et dont l'exercice lui revient, faute de délégataire encore présent pour l'exercer. Sur ce point, la Cour de cassation a d'ailleurs pris soin de souligner

¹²⁹⁸ C. com., art. L. 225-96 à L. 225-98.

Adde LE CANNU (P.), DONDERO (B.), *Droit des sociétés*, Montchrestien, 6^{ème} éd., 2015, p. 451, n° 681.

¹²⁹⁹ V. JADAUD (B.), « Qui décide de l'agrément à la cession d'actions ? », *JCP E* 2001, p. 1946, *spéc.* n° 35-10, qui n'exclut néanmoins pas la compétence de l'assemblée générale au regard de ce texte, mais considère que la compétence du conseil d'administration ou du conseil de surveillance est de principe en l'absence de mention de l'assemblée générale. L'auteur cite en ce sens l'arrêt suivant : Cass. com., 22 octobre 1956, *JCP* 1956, II, 9678, note (D.) BASTIAN ; *D.* 1957, p. 177, note (G.) RIPERT.

¹³⁰⁰ Cass. com., 12 mai 2004, UNFOHLM c/ SA Trois Moulins Habitat, *Bull. civ.* 2004, IV, n° 95 ; *préc.*

¹³⁰¹ Ce qui est le cas d'une société anonyme d'habitation à loyers modérés (Code de la construction et de l'habitation, art. L. 422-2-1), partie au litige ayant donné lieu à l'arrêt du 12 mai 2004 (v. à propos de ces sociétés *supra* n° 103). De plus, le terme « statuts » revêt deux sens : un sens formel (*l'instrumentum*) et un sens substantiel (le *negotium*). En outre, le nom des associés peut y être mentionné.

¹³⁰² V. notamment à ce propos : DAIGRE (J.-J.), « Le liquidateur d'une société anonyme dissoute n'hérite pas de tous les pouvoirs du conseil d'administration : il ne lui revient pas de statuer sur l'agrément d'une cession d'actions », note sous CA Paris, 25^{ème} ch. A, 22 octobre 1999, UNFOHLM c/ SA Trois Moulins Habitat, *Bull. Joly Sociétés* 2000, p. 205.

Adde pour l'opposition d'une analyse classique de la société anonyme à une analyse institutionnelle, LE CANNU (P.), DONDERO (B.), *Droit des sociétés*, Montchrestien, 6^{ème} éd., 2015, p. 565, n° 841 : « L'assemblée des actionnaires est présentée, dans la construction classique de la société, inspirée par l'article 1832 du Code civil, comme l'organe souverain. Cette qualité se concrétise notamment dans le pouvoir exclusif de modifier les statuts, et le pouvoir éminent de désigner les administrateurs, ou les membres du conseil de surveillance [...] ».

¹³⁰³ Cass. com., 12 mai 2004, UNFOHLM c/ SA Trois Moulins Habitat, *précité*. L'attendu de rejet est le suivant : « Mais attendu que l'arrêt retient à bon droit que le contrôle des négociations de titres qui, statutairement prévu et qui peut être dévolu soit au conseil d'administration, comme c'était le cas en l'espèce, soit à l'assemblée des actionnaires, relève nécessairement du pouvoir de l'assemblée après la dissolution de la société qui a mis fin aux fonctions du conseil d'administration, aucune disposition légale ou statutaire ne le conférant au liquidateur ; qu'en constatant que l'action intentée par la société TMH tendait à la convocation de l'assemblée des actionnaires qui aurait pour mission de contrôler les transferts d'actions intervenus depuis la dissolution, ainsi que les projets de reprise des actifs de la société, la cour d'appel, sans encourir les critiques des deuxième et troisième branches du moyen, a pu en déduire que la société TMH avait, en sa qualité d'actionnaire, un intérêt à agir et statuer comme elle a fait ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ; [...] ».

qu'« aucune disposition légale ou statutaire ne le conféra[ît] au liquidateur »¹³⁰⁴ excluant, de la sorte, toute délégation à son profit¹³⁰⁵. Cependant, une chose est d'admettre la compétence de l'assemblée, une autre est de savoir dans quelle formation elle doit se réunir.

343-2. Une assemblée générale ordinaire ou extraordinaire ? L'article L. 225-98 du Code de commerce pose le principe d'une compétence résiduelle de l'assemblée générale ordinaire par rapport à l'assemblée générale extraordinaire.

Or, nonobstant l'absence de mention de sa compétence pour statuer sur une demande d'agrément, l'assemblée générale extraordinaire emporte la préférence car, lorsque la société est marquée par l'*intuitu personae*, cette caractéristique irrigue le pacte social, lequel ne peut être modifié que par l'assemblée générale extraordinaire. En ce sens, la Chambre commerciale de la Cour de cassation s'était déjà prononcée à l'occasion d'une décision rendue antérieurement à la rédaction de ces textes, le 22 octobre 1956¹³⁰⁶.

Par ailleurs, depuis la consécration des actions de préférence, aucun texte n'empêche de confier la décision d'agréer à une assemblée spéciale, composée d'actionnaires titulaires de cette catégorie d'actions, et dont l'avantage résiderait dans l'octroi d'une participation au vote de l'agrément lors de leur transfert¹³⁰⁷. Plus précisément, il s'agit là d'une délégation de pouvoir de

¹³⁰⁴ La question de droit posée à la Cour de cassation par le pourvoi était celle de savoir si le liquidateur judiciaire d'une société était compétent pour agréer les transferts de titres, v. Cass. com., 12 mai 2004, UNFOHLM c/ SA Trois Moulins Habitat, précité.

¹³⁰⁵ V. en ce sens : CONSTANTIN (A.), « Le pouvoir du conseil d'administration d'agréer une cession d'actions n'échoit pas au liquidateur de la société », note sous Cass. com., 12 mai 2004, UNFOHLM c/ SA Trois Moulins Habitat, *Bull. Joly Sociétés* 2004, n° 10, p. 1257. *Contra* DAIGRE (J.-J.), note sous CA Paris, 25^{ème} ch. A, 22 octobre 1999, UNFOHLM c/ SA Trois Moulins Habitat, *note préc.* : « S'il peut être considéré, de manière générale, que les pouvoirs qui n'appartiennent pas au conseil d'administration et aux dirigeants relèvent de la compétence d'une assemblée générale d'actionnaires, il faut tempérer cette affirmation, car il faut avoir égard au principe fondamental de la hiérarchie des organes de la société anonyme, qui interdit de transférer aux assemblées d'actionnaires une compétence qui ne leur est pas expressément attribuée par la loi. [...] En donnant compétence au conseil d'administration dans les statuts, les actionnaires ont implicitement mais nécessairement écarté la compétence de l'assemblée générale. N'est-ce pas une violation de leur volonté collective unanime que d'écarter le liquidateur au profit de l'assemblée ? ».

L'opinion exprimée par le professeur était reprise par le pourvoi. Contre la compétence de l'assemblée, il ajoute dans sa note l'argumentation suivante : « En s'en remettant au conseil, les fondateurs ont choisi de confier le pouvoir d'agréer, non à la « base », mais aux dirigeants, et l'on sait que ce choix, en matière de société comme en matière syndicale et politique, n'est pas neutre. L'assemblée des actionnaires est composée de tous les associés et les majorités peuvent s'y faire et s'y défaire plus facilement qu'au conseil qui, habituellement, n'est constitué que des représentants des majoritaires. Autrement dit, le conseil est nécessairement monocoloré là où l'assemblée peut être bigarrée. Alors, le renvoi à l'assemblée de la décision d'agrément ne s'impose pas nécessairement ». En dépit de la pertinence de ce raisonnement, l'auteur n'envisage pas le risque de prise de contrôle par le liquidateur, ce qui, au contraire, a motivé le raisonnement des juges du fond dans cette affaire.

¹³⁰⁶ Cass. com., 22 octobre 1956, Société de l'union commerciale c/ Boufflerd, *JCP* 1956, II, 9678, note (D.) BASTIAN.

¹³⁰⁷ En ce sens, v. MASSART (Th.), note sous Cass. com., 31 mai 2005, n° 03-10.955 (n° 817 FD), Sociétés All Suites Hôtel c/ Société Hardy Trust, *Bull. Joly Sociétés* 2005, p. 1396 ; KADDOUCH (R.), « Le droit de vote attaché aux actions de préférence », *Dr. sociétés* 2005, p. 38 ; LE CANNU (P.), DONDERO (B.), *Droit des sociétés*, Montchrestien, 6^{ème} éd., 2015, p. 741, n° 1146.

Addé MARTIN (D.), LE NABASQUE (H.), MORTIER (R.), FALLET (Cl.), PIETRANCOSTA (A.), « Les actions de préférence », *Actes prat. ing. sociétaire* 2012, n° 126.

Il serait également possible d'envisager la création d'actions de préférence sans droit de voter l'agrément (C. com., art. L. 228-11, al. 1^{er}). Il ne semble pas dans ce cas que la limitation en pourcentage du capital soit applicable (C. com., art. L. 228-11, al. 3), cette privation du droit de vote ne concernant qu'une décision particulière (en ce sens, v. LE CANNU (P.), DONDERO (B.), *Droit des sociétés*, Montchrestien, 6^{ème} éd., 2015, p. 741, n° 1147).

l'assemblée générale des actionnaires au profit de cette assemblée spéciale, tout comme elle pourrait le faire au profit du conseil d'administration¹³⁰⁸.

344. La compétence du conseil d'administration ou du conseil de surveillance. Leur compétence théorique présente des incertitudes, lesquelles sont levées en pratique.

344-1. Les incertitudes théoriques. La possibilité de lui confier le pouvoir d'agréer fut contestée¹³⁰⁹ quand bien même la loi mentionne son éventuelle compétence pour juger des suites d'un refus d'agrément¹³¹⁰.

En ce sens, un arrêt de la Cour d'appel de Paris décida d'annuler la clause lui attribuant ce pouvoir au motif, qu'elle méconnaissait la structure de la société anonyme hiérarchisée par des dispositions d'ordre public. De plus, cette attribution réalisait, à son sens, un détournement de pouvoir puisque cet organe de gestion devenait, par ce biais, un organe de contrôle de l'assemblée générale¹³¹¹. Unanimement désapprouvée par la doctrine, la solution de cet arrêt fut logiquement cassée par la Cour de cassation au regard de deux éléments. D'une part, sur le fondement de l'absence d'atteinte portée par la clause, au libre exercice du droit de vote des actionnaires et, d'autre part, en raison du fait que les administrateurs sont toujours révocables par une décision de l'assemblée générale, conformément aux dispositions légales¹³¹². Autrement dit, les administrateurs tiennent leur pouvoir de cette dernière. Plus généralement, il est ainsi possible de constater l'adhésion de la Haute juridiction à une conception classique de la société¹³¹³, puisqu'elle souligne la dépendance du pouvoir des administrateurs à la volonté de l'assemblée des actionnaires¹³¹⁴.

Dès lors, la question de savoir si un organe de direction, de gestion, ou de surveillance¹³¹⁵ d'une société peut être chargé du pouvoir de donner, ou de refuser l'agrément, ne pose pas de problème tant que ce pouvoir ne porte pas atteinte aux prérogatives de l'assemblée générale.

¹³⁰⁸ Adde MOULIN (J.-M.), « La vie des délégations de pouvoir dans l'entreprise », *Bull. Joly Sociétés* 2012, n° 10, p. 745.

¹³⁰⁹ V. à ce propos : DALSACE, « Quelques réflexions sur les clauses d'agrément et de préemption dans les sociétés anonymes », *Rec. Génér. Lois* 1955, p. 39 et note D. 1959, p. 286.

¹³¹⁰ C. com., art. L. 228-24, al. 2.

¹³¹¹ CA Paris, 24 novembre 1954, *D.* 1955, p. 236, note (G.) RIPERT ; *JCP* 1955, II, 8448, note (D.) BASTIAN.

¹³¹² Cass. com., 22 octobre 1956, *Gaz. Pal.* 1956, 2, p. 374 ; *JCP* 1956, II, 9678, note (D.) BASTIAN ; *D.* 1957, p. 177, note (G.) RIPERT.

¹³¹³ V. *supra* n° 161 et s.

¹³¹⁴ Également en ce sens : CA Versailles, 12^{ème} ch., sect. 2, 27 janvier 2005, Consorts Cassado et SARL Residia Ile de France c/ SAS Cofradim, *RTD com.* 2005, p. 361, note (P.) LE CANNU ; *D.* 2005, p. 716, obs. (A.) LIENHARD. Selon cet arrêt, en « tout état de cause c'est l'assemblée générale des actionnaires qui contrôle le conseil d'administration et est maîtresse de sa composition ».

¹³¹⁵ S'agissant du conseil de surveillance, l'article L. 225-68 du Code de commerce autorise les statuts à lui confier des pouvoirs en plus de la liste légale des opérations nécessitant son autorisation. À cet égard, il semble que l'agrément compléterait parfaitement son autorisation préalable des cessions totales ou partielles de participations.

Cette précision est utile car, en pratique, ces organes sociaux seront souvent désignés comme étant les titulaires du pouvoir d'agrément.

344-2. Des doutes levés en pratique. Les statuts désignent « systématiquement le conseil d'administration dans le cas de sociétés anonymes à gestion traditionnelle, et le directoire ou le conseil de surveillance dans le cas des sociétés anonymes ayant adopté cette forme »¹³¹⁶. Ce choix s'explique pour des raisons pragmatiques¹³¹⁷. Dans les sociétés où les actionnaires sont nombreux, les membres de ces organes sociaux sont plus faciles à réunir. De plus, ils sont sans doute plus à même pour décider de l'agrément qu'une assemblée d'actionnaires, généralement moins informée et plus dispersée. En outre, le conseil d'administration est l'émanation des majoritaires puisque ces derniers désignent les membres le composant¹³¹⁸. Par analogie, la même remarque est valable pour le conseil de surveillance, dont le fonctionnement est calqué sur celui du conseil d'administration¹³¹⁹.

Cependant, la Cour de cassation précisa que la compétence du conseil d'administration n'était nullement présumée en l'absence de mention statutaire de l'organe chargé de statuer sur l'agrément¹³²⁰. Il s'en déduit alors que sa compétence n'est pas de principe ; peu important les habitudes de la pratique. Cette solution doit être approuvée pour deux raisons.

- D'une part, au regard de l'exigence faite aux sociétés par actions de mentionner statutairement l'organe compétent pour décider d'une demande d'agrément, laquelle figure à l'article R. 210-4, alinéa 2, 2° du Code de commerce, dont les dispositions sont d'interprétation stricte, à l'instar de l'ensemble des règles de la procédure d'agrément¹³²¹.

- Et, d'autre part, en vertu de l'absence de mention expresse de cet organe social à l'article L. 228-23 du Code de commerce, lequel ne fait référence qu'à l'agrément de la société. Celle-ci induit alors une nécessaire précision statutaire conformément, par ailleurs, à l'exigence réglementaire précédemment citée. En outre, nonobstant la mention de la compétence des « gérants » à l'article L. 228-24 du même Code, des incertitudes existent quant à celle des

¹³¹⁶ BONNARD (J.), « Il appartient au cédant de notifier à la société la cession d'actions soumise à la condition d'agrément », note sous Cass. com., 27 mars 1990, Boyer c/ Lastella et autres, *D.* 1991, p. 503. Également en ce sens, v. *Dossier clauses d'agrément dans les sociétés anonymes*, par MERCADAL (B.), JANIN (Ph.), Francis Lefebvre, 2010, n° 28.

¹³¹⁷ Pour les limites théoriques de la souveraineté des assemblées, v. LE CANNU (P.), DONDERO (B.), *Droit des sociétés*, Montchrestien, 6^{ème} éd., 2015, p. 567, n° 844.

¹³¹⁸ C. com., art. L. 225-17 et s.

¹³¹⁹ V. à ce propos : LE CANNU (P.), DONDERO (B.), *op. cit.*, p. 543, n° 823.

¹³²⁰ Cass. com. 31 mai 2005, n° 03-10.955 (n° 817 F-D), Sociétés All Suites Hôtel c/ Société Hardy Trust, *Bull. Joly Sociétés* 2005, p. 1396, note (Th.) MASSART.

¹³²¹ V. *supra* n° 293 et s. Cet article exige que les statuts désignent l'organe compétent pour statuer sur l'agrément.

dirigeants.

345. La compétence des dirigeants : l'existence d'une division doctrinale sur la nécessité qu'un organe collectif décide de l'agrément. La doctrine est divisée sur le point de savoir si un dirigeant, directeur général ou président du conseil d'administration, président du directoire ou du conseil de surveillance, peut statuer sur une demande d'agrément.

Selon le professeur Jadaud, la réponse à cette question est négative, à une exception près, celle de la compétence du président du directoire constituant le membre unique de celui-ci¹³²². Pour lui : « [...] la doctrine comme la jurisprudence conduisent à penser que, légalement, nombre d'organes sociaux seraient compétents pour se prononcer sur la demande d'agrément, dès lors que, *a priori*, ils constituent une collectivité »¹³²³.

Cette opinion n'emporte toutefois pas l'adhésion. La simple lecture des textes contredit l'exigence d'un supposé organe collectif¹³²⁴. Par exemple, l'article L. 228-24, alinéa 2 du Code de commerce, relatif au droit commun des actions, autorise « les gérants » à décider des suites d'un refus d'agrément. L'utilisation du pluriel ne désigne pas une collectivité, mais une pluralité d'individus ; la qualité de gérant étant, par nature, individuelle¹³²⁵. En revanche, plutôt que de réunir une collectivité, il semble indispensable que cet organe ait un pouvoir d'expression de la volonté sociale. Cette caractéristique est commune à l'ensemble des organes visés par le texte (« le conseil d'administration, le directoire ou les gérants »¹³²⁶) et correspond, en outre, à la définition d'un organe social comme ayant « pour fonction, dans un domaine déterminé, d'exprimer la volonté de la personne morale »¹³²⁷. Cette déduction est logique car l'agrément, ou son refus, ont un effet vis-à-vis des tiers. Par conséquent, l'organe bénéficiant de cette compétence doit pouvoir légitimement leur imposer son choix, au nom de la société.

¹³²² JADAUD (B.), « Qui décide de l'agrément à la cession d'actions ? », *JCP E* 2001, p. 1946, *spéc.* n° 28-9, se référant à l'article L. 225-59, alinéa 2 du Code de commerce.

¹³²³ JADAUD (B.), *art. préc.*, *spéc.* n° 23-8, et n° 52 où l'auteur nuance néanmoins son opinion en indiquant qu'un avis préalable pourrait être demandé au dirigeant ou au président du conseil d'administration. V. à ce propos, *infra* n° 356.

¹³²⁴ Partageant cette opinion, v. notamment : BONNEAU (Th.), « Agrément d'une cession d'actions et nomination d'un administrateur ad hoc », note sous Cass. com., 12 mai 2004, UNFOHLM c/ SA Trois Moulins Habitat, *Rev. sociétés* 2004, p. 940, *spéc.* n° 6.

¹³²⁵ V. également en ce sens: Les textes spéciaux relatifs aux sociétés anonymes de commissaires aux comptes (C. com., art. L. 822 -9, al. 6) ou les sociétés anonymes coopératives confirment cette opinion (L. 10 septembre 1947, art. 11).

¹³²⁶ C. com., art. L. 223-24, al. 2.

¹³²⁷ LE CANNU (P.), *Droit des sociétés*, Montchrestien, 2^{ème} éd., 2003, p. 173, n° 298. Cette définition se réfère à la théorie de l'institution.

Pour plus de précisions sur les organes sociaux susceptibles de recueillir le pouvoir d'agrément à la suite d'une délégation de pouvoir, v. *infra* n° 437.

346. Observations conclusives du a. Le titulaire du pouvoir d'agréer dans les sociétés par actions. En dépit de l'absence de sa mention dans les textes de droit commun, l'assemblée générale est l'organe social à qui appartient, de droit, cette compétence et, plus précisément, elle l'est dans sa formation extraordinaire car l'agrément a vocation à modifier les statuts. La Cour de cassation a eu l'occasion d'affirmer ce principe à propos d'une société dont la dissolution avait mis fin à la compétence statutaire du conseil d'administration, laquelle relevait dès lors « nécessairement du pouvoir de l'assemblée ». Par conséquent, si le pouvoir lui revient, cela signifie que, préalablement, elle a dû s'en délier par la technique d'une délégation de pouvoir¹³²⁸. Cette forme de mandat peut ainsi être donné aux conseils d'administration ou de surveillance, au directoire ou aux dirigeants, organes sociaux habilités à exprimer la volonté de la société¹³²⁹. *Quid* des dispositions propres à chaque société par actions ?

b. La recherche du titulaire du pouvoir d'agréer dans les textes propres à chaque société par actions.

Les sociétés par actions disposant de leur propre législation dans le Code de commerce sont la société en commandite par actions, la SAS, et la société européenne. Afin de savoir si elles ne recèlent pas des spécificités par rapport au droit commun, leurs dispositions encadrant l'agrément doivent être vérifiées.

347. Dans la société en commandite par actions : la combinaison des règles de la commandite simple et de celles du droit commun des sociétés par actions. En fonction de la nature des droits sociaux dont le transfert est projeté, l'organe compétent pour décider de l'agrément sera différent.

S'il s'agit de parts sociales d'associés commandités, cédées à un tiers étranger ou à un actionnaire commanditaire, l'agrément de l'ensemble des associés, commandités et commanditaires, sera requis¹³³⁰.

En revanche, s'il s'agit d'actions de commanditaires, le droit commun des sociétés par actions sera applicable, ainsi que les précédentes observations faites à ce sujet¹³³¹. Toutefois, la modification du pacte social, qu'implique le transfert d'actions nominatives soumises à un

¹³²⁸ Pour plus de détails, v. *infra* n° 437 et s.

Adde MOULIN (J.-M.), « La vie des délégations de pouvoir dans l'entreprise », *Bull. Joly Sociétés* 2012, n° 10, p. 745.

¹³²⁹ À propos de la notion de pouvoir de ces organes, v. *infra* n° 433 et s.

¹³³⁰ C. com., art. L. 222-8. Pour les modalités de vote, v. *infra* n° 366.

¹³³¹ V. *supra* n° 346.

agrément, requiert l'accord unanime des associés commandités¹³³². De la sorte, l'absence de réunion de l'unanimité s'assimile à un droit de veto. Un tel droit pourrait être institué dans les statuts de la SAS pour lesquels prévaut la liberté contractuelle¹³³³.

348. Dans la société par actions simplifiée : « la société » au sens de l'article L. 227-14 du Code de commerce. En l'absence d'indication légale expresse sur la qualité de ce titulaire, ainsi que la mention de l'agrément parmi les décisions nécessitant la réunion de la collectivité des associés¹³³⁴, deux possibilités sont envisageables afin de savoir quel organe social incarne « la société ».

D'une part, la conclusion faite à propos du droit commun des sociétés par actions peut être transposée aux organes de la SAS, dont l'organisation est d'ailleurs susceptible d'être plus ou moins calquée sur celle de la société anonyme¹³³⁵. Cette compétence de principe de l'assemblée générale est compatible avec le fait que le fonctionnement de la SAS puisse être marquée d'un fort *intuitu personae*, à l'instar des sociétés de personnes et de la SARL¹³³⁶. La loi confirme cette opinion lorsqu'elle indique, à propos des sociétés d'exercice libéral par actions simplifiées, que « [...] l'agrément de nouveaux associés est donné par les associés [...] »¹³³⁷. Il semble donc légitime que cette compétence de principe revienne aux associés ; ces derniers maîtrisant, en principe, la définition de l'*intuitu personae* de leur rapport. Mais une seconde possibilité est envisageable.

Et, d'autre part, l'article L. 227-6 du Code de commerce dispose que : « Le président est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société dans la limite de l'objet social ». Par cette large attribution de pouvoir, et en l'absence de mention légale de la compétence des associés, celle-ci pourrait englober le pouvoir d'agréer. Une telle possibilité est logique au sens où la loi confère au président le pouvoir de représenter la société à l'égard des tiers, mais ce dernier ne peut néanmoins, à lui seul, définir l'*intuitu personae* de la collectivité sociétaire. En revanche, aucun indice de cette compétence ne se déduit des textes de la société européenne.

349. Dans la société européenne : aucune précision de l'article L. 229-11 du Code de commerce. Cet article ne précise pas quel est l'organe compétent pour décider d'une demande

¹³³² C. com., art. L. 226-11.

¹³³³ À propos de la question de la validité de ce droit de veto, v. *infra* n° 379 et s.

¹³³⁴ L'article L. 227-9, alinéa 2 du Code de commerce énumère certaines décisions qui ne peuvent être prises que collectivement par les associés, mais l'agrément ne figure pas au nombre de celles-ci. En effet, cet article dispose que « [...] les attributions dévolues aux assemblées générales extraordinaires et ordinaires des sociétés anonymes, en matière d'augmentation, d'amortissement ou de réduction de capital, de fusion, de scission, de dissolution, de transformation en une société d'une autre forme, de nomination de commissaires aux comptes, de comptes annuels et de bénéfices sont, dans les conditions prévues par les statuts, exercées collectivement par les associés ».

¹³³⁵ V. *supra* n° 129.

¹³³⁶ V. *supra* n° 125 et s.

¹³³⁷ L. n° 90-1258 du 31 décembre 1990, art. 10, al. 5.

d'agrément. La compétence de principe de l'assemblée générale peut se déduire, toutefois, de la faculté légalement admise pour la collectivité des associés de régulariser une cession réalisée sans agrément¹³³⁸. De plus, son fonctionnement étant emprunté à la société anonyme¹³³⁹, les conclusions précédemment faites à propos du droit commun des sociétés par actions lui sont aisément transposables.

350. Observations conclusives du b. La recherche du titulaire du pouvoir d'agréer dans les textes propres à chaque société par actions. Hormis la possible compétence du président de la SAS¹³⁴⁰, le contenu des dispositions propres à ces sociétés ne se distingue pas du droit commun des articles L. 228-23 et L. 228-24 du Code de commerce. En outre, la conclusion selon laquelle, l'assemblée générale des actionnaires bénéficie par principe du pouvoir d'agréer, n'est pas incompatible avec le fait que la SAS puisse être marquée d'un *intuitu personae* aussi fort que celui des sociétés de personnes. Telle que complétée par la jurisprudence précitée¹³⁴¹, cette législation est donc cohérente. En revanche, les textes propres à certaines sociétés réglementées posent parfois des exigences exorbitantes à ce droit commun.

3. Le titulaire du pouvoir d'agréer des sociétés réglementées.

351. Les sociétés ayant pour objet l'exercice d'une profession réglementée. Dans ces sociétés, la loi impose souvent que les associés y exerçant leur profession soient exclusivement compétents pour statuer sur une demande d'agrément¹³⁴². Il s'agit là de la reconnaissance de leur *intuitu personae*, car la considération de leur personne réside précisément dans l'analyse de leur compétence professionnelle et de leur personnalité, afin de savoir si leur collaboration est

¹³³⁸ C. com., art. L. 229-11, al. 2, *in fine*.

¹³³⁹ C. com., art. L. 229-1, al. 2 ; art. L. 229-7.

¹³⁴⁰ V. *supra* n° 348.

¹³⁴¹ V. *supra* n° 343-1.

¹³⁴² V. par exemple pour les sociétés d'exercice libéral, L. n° 90-1258 du 31 décembre 1990, article 10 :

« [...] Pour l'application des dispositions de l'article L. 223-14 du Code de commerce, l'exigence d'une majorité des trois quarts **des porteurs de parts exerçant la profession au sein de la société** est substituée à celle d'une majorité des associés représentant au moins les trois quarts des parts sociales.

Nonobstant toute disposition contraire législative ou statutaire, les cessions d'actions de sociétés d'exercice libéral à forme anonyme sont soumises à un agrément préalable donné, dans les conditions prévues par les statuts, soit par les deux tiers **des actionnaires exerçant leur profession au sein de la société**, soit par les deux tiers **des membres du conseil de surveillance ou du conseil d'administration exerçant leur profession dans la société**. Dans les sociétés d'exercice libéral en commandite par actions, l'agrément de nouveaux actionnaires est donné par les associés commandités à la majorité des deux tiers.

Dans les sociétés d'exercice libéral par actions simplifiées, l'agrément de nouveaux associés est donné par **les associés exerçant leur activité au sein de la société** à la majorité des deux tiers. Pour l'application des clauses statutaires conformes aux articles L. 227-16 et L. 227-17 du Code de commerce, il est fait application de cette même règle de majorité » (nous le soulignons).

possible¹³⁴³. Mais en dépit de leur spécificité¹³⁴⁴, ces sociétés peuvent être confrontées aux mêmes problèmes d'application que les autres structures.

B. Les problèmes d'application liés à la désignation de l'organe compétent.

352. Plan. Ces problèmes d'application se distinguent de ceux liés au vote de l'agrément¹³⁴⁵. Ils se présentent principalement sous deux formes : en premier lieu, celle d'un conflit d'intérêts entre l'organe compétent et les parties au transfert des droits sociaux (1) et, en second lieu, celle des limites de la liberté contractuelle pour aménager cette compétence (2).

1. La désignation de l'organe compétent et l'hypothèse d'un conflit d'intérêts.

353. Le gérant désigné par les statuts peut-il décider de l'agrément du cessionnaire de ses propres parts ? Selon le Professeur Schmidt, le conflit d'intérêts « [...] apparaît lorsqu'une personne, [associé] ou dirigeant, se trouve en situation de choisir entre la satisfaction de l'intérêt commun des [associés] et celle de son intérêt personnel opposé »¹³⁴⁶. La situation visée ici n'est pas celle de l'associé qui, de par l'exercice de son droit de vote, serait susceptible de favoriser son intérêt personnel¹³⁴⁷, mais celle du gérant à qui fut confié le pouvoir d'agrément et dont l'exercice est susceptible de lui profiter.

À propos d'une société civile, un arrêt rendu par la troisième Chambre civile de la Cour de cassation a considéré qu'un tel conflit ne constituait pas, de droit, le gérant de son pouvoir de décision¹³⁴⁸. Ainsi a-t-elle approuvé la Cour d'appel d'avoir : « [...] justifié sa décision [...] en relevant que les statuts de la SCI prévoyaient que toute cession de parts devait recevoir l'agrément de la gérance et qu'aucune disposition légale ni aucune stipulation statutaire n'imposait que le gérant, lorsqu'il était associé, soumette la cession de ses parts à l'agrément de l'assemblée générale ».

¹³⁴³ Pour d'autres précisions sur les caractéristiques de l'*intuitu personae*, v. *supra* n° 14 et s.

¹³⁴⁴ À ce propos, v. *supra* n° 103 et s., 130.

¹³⁴⁵ V. *infra* n° 361 et s.

¹³⁴⁶ SCHMIDT (D.), *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme, version nouvelle*, Joly éd., 2004, p. 28, n° 18.

¹³⁴⁷ V. à ce propos, *infra* n° 381 et s.

¹³⁴⁸ Cass. 3^{ème} civ., 17 janvier 1996, *Bull. civ.* 1996, III, n° 13.

Rappr. pour l'hypothèse du conflit d'intérêts lorsque le cédant prend part au vote, v. Cass. com., 24 février 1975, Consorts Peyrelongue c/ Castillon du Peron, *Bull. civ.* 1975, IV, p. 46 ; *RJ com.* 1976, p. 167, note (A.) Du CHEYRON du PAVILLON ; *RTD com.* 1975, p. 535 et p. 537, note (R.) HOUIN ; *Rev. sociétés* 1976, p. 92, note (B.) OPPEIT.

Interprétée *a contrario*, cette décision autorise les statuts à dessaisir le gérant en présence d'un tel conflit, cette stipulation s'analysant alors comme une condition résolutoire de la délégation faite du pouvoir d'agréer. Une destitution analogue serait-elle transposable à l'associé votant l'agrément de son cessionnaire ? La réponse semble positive, mais uniquement dans le cadre des sociétés par actions ; seules sociétés admises par la loi à émettre des actions de préférence sans droit de vote¹³⁴⁹. Il existe ainsi une certaine liberté en la matière, laquelle n'est toutefois pas sans limite.

2. La désignation de l'organe compétent et les limites de la liberté contractuelle.

Sans exhaustivité, seront présentées plusieurs hypothèses posant problème. *In fine*, sera-t-il possible d'en déduire une règle générale de résolution ?

354. Est-il possible de confier le pouvoir d'agréer à un tiers, ou un organe externe *ad hoc* ? Soutenue par une doctrine majoritaire¹³⁵⁰, la jurisprudence répond négativement à cette question. À plusieurs reprises, elle a en effet considéré qu'un administrateur ou un liquidateur judiciaire ne pouvait statuer sur une demande d'agrément¹³⁵¹. Rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation, le 12 mai 2004, cet arrêt est particulièrement clair à ce sujet. Celui-ci précise que, puisque la dissolution d'une société anonyme avait mis fin au pouvoir du conseil d'administration, le vote de l'agrément relevait dès lors, nécessairement, de la compétence de l'assemblée ; « [...] aucune disposition légale ou statutaire ne le conférant au liquidateur »¹³⁵². Cette analyse doit être approuvée pour trois raisons.

- D'une part, au regard de l'impérativité du droit des procédures collectives, un tel pouvoir ne saurait être confié sans texte au liquidateur judiciaire. En effet, il est uniquement compétent pour les opérations de liquidation¹³⁵³ dont ne relève pas, à l'évidence, la modification du sociétariat

¹³⁴⁹ C. com., art. L. 228-11, al. 2.

¹³⁵⁰ V. notamment : MASSART (Th.), « De quelques difficultés d'application de la clause d'agrément dans la société anonyme », note sous Cass. com. 31 mai 2005, n° 03-10.955 (n° 817 F-D), Sociétés All Suites Hôtel c/ Société Hardy Trust, *Bull. Joly Sociétés* 2005, p. 1396.

¹³⁵¹ Cass. com., 27 octobre 1969, *Bull. civ.* 1969, IV, n° 310 ; *RTD com.* 1970, p. 423, obs. (R.) HOUIN ; Cass. com., 19 février 1970, *Bull. civ.* 1970, IV, n° 123 ; Cass. com., 12 mai 2004, UNFOHLM c/ SA Trois Moulins Habitat, *Bull. civ.* 2004, IV, n° 95 ; *Bull. Joly Sociétés* 2004, p. 1257, note (A.) CONSTANTIN ; *Rev. sociétés* 2004, p. 940, note (Th.) BONNEAU ; *RTD com.* 2004, p. 540, note (P.) LE CANNU ; *JCP E* 2004, p. 1512, note (H.) LÉCUYER ; statuant sur un pourvoi formé contre CA Paris, 25^{ème} ch. A, 22 octobre 1999, UNFOHLM c/ SA Trois Moulins Habitat, *Bull. Joly Sociétés* 2000, p. 205, note (J.-J.) DAIGRE ; *Dr. sociétés* 2000, comm. n° 22, obs. (Th.) BONNEAU.

¹³⁵² Cass. com., 12 mai 2004, UNFOHLM c/ SA Trois Moulins Habitat, précité.

¹³⁵³ Et non pour exercer la gestion de la société (C. com., art. L. 237-24). *Comp.* DAIGRE (J.-J.), « Le liquidateur d'une société anonyme dissoute n'hérite pas de tous les pouvoirs du conseil d'administration : il ne lui revient pas de statuer sur l'agrément d'une cession d'actions », note sous CA Paris, 25^{ème} ch. A, 22 octobre 1999, UNFOHLM c/ SA Trois Moulins Habitat, *Bull. Joly Sociétés* 2000, p. 205. Selon cet auteur, « le liquidateur n'est pas un substitut provisoire des dirigeants, destiné à régler rapidement

d'une société en liquidation. Ce pouvoir revient alors, légitimement, aux organes sociaux¹³⁵⁴ et, plus précisément, à l'assemblée générale comme l'a affirmé l'arrêt précité.

- D'autre part, cette dernière est davantage légitime qu'un tiers pour décider de l'agrément de ses actionnaires : ce dernier n'est pas concerné directement par cette décision, la souveraineté au sein d'une société étant, avant tout, détenue par les associés ou, tout au moins, le pouvoir majoritaire¹³⁵⁵. Elle est l'affaire des associés et non celle d'un tiers qui, ne serait-ce qu'au regard de l'effet relatif des contrats, n'est pas censé prendre part à celle-ci. De plus, statuer sur une demande d'agrément est une question éminemment interne mettant en jeu son contrôle. Or, confier le pouvoir d'agréer à un tiers présente un risque de prise de contrôle par celui-ci, comme l'illustre d'ailleurs parfaitement l'affaire précitée¹³⁵⁶.

- Enfin, la mention d'un organe « social » est exigée par le texte de l'article R. 210-4, alinéa 2, 2°, du Code de commerce, relatif à la publicité des clauses d'agrément des sociétés par actions¹³⁵⁷, ce que n'est pas, à l'évidence, le liquidateur. La remarque est valable pour l'ensemble des sociétés, spécialement pour les sociétés de personnes dont les textes attribuent par principe, ce pouvoir, aux associés¹³⁵⁸.

354-1. *Quid de la délégation volontairement faite par les associés à un tiers ?* En dehors du contentieux des procédures collectives, il est possible de se demander si les associés sont libres de confier ce pouvoir à un tiers ; que la société ait adopté la forme anonyme ou une autre. À cette remarque, les deux derniers arguments mentionnés peuvent être opposés, ainsi qu'un argument plus général : le caractère d'ordre public de la procédure d'agrément empêche d'admettre que l'absence de disposition légale ouvre sur ce point un champ de liberté aux associés¹³⁵⁹. Ainsi, par exemple, dans le cadre d'un groupe de sociétés, en dépit des liens capitalistiques entre ces structures, l'hypothèse d'une délégation du pouvoir d'agréer de la filiale à la société mère ne serait pas valable¹³⁶⁰. De même, un tiers ne peut valablement participer à une décision collective

une situation de crise ; il est un organe social, seul compétent pour diriger la société en liquidation au lieu et place des dirigeants. Le liquidateur n'est-il pas un dirigeant ? Il en a la responsabilité ».

¹³⁵⁴ C. com., art. L. 641-9, II.

¹³⁵⁵ CA Versailles, 12^{ème} ch., sect. 2, 27 janvier 2005, Consorts Cassado et SARL Residia Ile de France c/ SAS Cofradim, *RTD com.* 2005, p. 361, note (P.) LE CANNU ; *D.* 2005, p. 716, obs. (A.) LIENHARD. Selon cet arrêt, en « tout état de cause c'est l'assemblée générale des actionnaires qui contrôle le conseil d'administration et est maîtresse de sa composition ».

¹³⁵⁶ Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 12 mai 2004, le liquidateur se considérait compétent pour statuer sur l'agrément de cessionnaires proposés par ses soins, ce qui lui permettait de contourner un refus d'agrément des majoritaires en place (v. spécialement BONNEAU (Th.), « Agrément d'une cession d'actions et nomination d'un administrateur ad hoc », note sous Cass. com., 12 mai 2004, UNFOHLM c/ SA Trois Moulins Habitat, *Rev. sociétés* 2004, p. 940).

¹³⁵⁷ À propos de cet article, v. *supra* n° 293 et s.

¹³⁵⁸ V. *supra* n° 333 et s.

¹³⁵⁹ *Comp.* avec la possibilité de soumettre à agrément les opérations de restructuration (v. *supra* n° 257 et s.).

¹³⁶⁰ V. à propos de l'influence de cette appartenance à un groupe de sociétés sur l'émission d'actions de préférence : ALLAIN (T.), *Les actions de préférence dans les groupes de sociétés*, préf. A. Constantin, L.G.D.J., P.U.A.M., 2014, p. 105, n° 332.

statuant sur l'agrément¹³⁶¹. Une seule exception existe néanmoins : celle de l'intervention d'un tribunal en cas d'abus de droit¹³⁶². Dans le même esprit, une autre question se pose s'agissant de la compétence d'une commission spéciale pour statuer sur une demande d'agrément.

355. Est-il possible de confier le pouvoir d'agréer à une commission interne spéciale, émanant d'un organe habilité statutairement à décider de l'agrément ? À propos de la société anonyme, le professeur Jadaud estime qu'un tel aménagement ne serait pas possible en raison de trois arguments, lesquels doivent entièrement être approuvés. D'une part, une telle commission n'est pas un organe « institutionnel » établi par la loi. D'autre part, en raison de cette nature, il ne peut répondre à l'expression « si la société n'agrée pas » visée à l'article L. 228-24, alinéa 2 du Code de commerce. Enfin, plus généralement, cette commission n'est pas un « organe social » habilité à statuer sur les demandes d'agrément, au sens des textes régissant les autres sociétés, et en particulier, les sociétés de personnes¹³⁶³. Ces arguments trouvent toutefois une limite dans la possibilité de créer des actions de préférence qui seules seraient dotées d'un agrément, et dont la création emporterait, corrélativement, celle d'une assemblée spéciale réunissant leurs porteurs¹³⁶⁴.

Au contraire, s'agissant des SAS, répondre positivement à la question posée semble possible ; l'article L. 227-14 mentionnant uniquement « la société » comme décideur de l'agrément. L'absence de restriction légale laisse ainsi place à la liberté contractuelle, et pourquoi pas, à l'octroi du pouvoir d'agréer à une commission interne, celle-ci bénéficiant d'une délégation de pouvoir de l'assemblée¹³⁶⁵. Il est aussi possible de considérer que ce pouvoir appartient au président¹³⁶⁶ mais, en pratique, la compétence de ce dernier peut également poser une question très courante.

356. Est-il possible de demander un avis préalable au dirigeant ? Sans aucun doute, les dirigeants sont les personnes le plus au cœur de la société. Rien n'interdit de demander leur avis sur l'admission ou le refus d'un cessionnaire. Ce sera d'ailleurs vraisemblablement le cas informellement dans les petites sociétés. Si l'exigence de cet avis est toutefois mentionnée dans

¹³⁶¹ Cass. 3^{ème} civ., 8 novembre 2015, n° 13-27.248 (FS-P+B), Société du Musée c/ Henry, *Rev. sociétés* 2016, p. 175, note (L.) GODON.

¹³⁶² Cass. com., 21 janvier 1970, *JCP G* 1970, II, 16541, note (B.) OPPEIT ; Cass. com., 21 janvier 1997, *Rev. sociétés* 1997, p. 349, note (D.) BUREAU ; *Dr. sociétés* 1997, comm. n° 55, note (Th.) BONNEAU ; CA Paris, 23 avril 1995, *Bull. Joly Sociétés* 1995, note (J.-J.) DAIGRE.

¹³⁶³ JADAUD (B.), « Qui décide de l'agrément à la cession d'actions ? », *JCP E* 2001, p. 1946, *spéc.* n° 30.

¹³⁶⁴ C. com., art. L. 225-99.

¹³⁶⁵ S'agissant de la démonstration selon laquelle le pouvoir d'agréer appartient en principe à l'assemblée générale dans les sociétés par actions, v. *supra* n° 271 et s.

¹³⁶⁶ V. *supra* n° 276.

les statuts, les rédacteurs devront veiller au mot employé à cet effet et, surtout, éviter la mention de synonymes du mot agrément tel un « accord », afin de ne pas créer d'ambiguïté quant à l'organe compétent pour en décider ; la procédure devant être strictement respectée, même en cas d'avis négatif¹³⁶⁷. De façon générale, il semble possible de demander l'avis de n'importe quel organe social, nécessairement autre que celui qui détient le pouvoir d'agréer¹³⁶⁸. Cela pourrait-il être le cas d'un seul associé ?

357. Est-il possible de confier le pouvoir d'agréer à un seul associé ? Au regard du droit positif, la réponse à cette question est négative car ce pouvoir décisionnel ne peut appartenir qu'à un organe social¹³⁶⁹, ce que n'est pas, de toute évidence, un associé à lui seul, sauf à la suite du décès de son unique coassocié. Dans cette hypothèse particulière, la décision prise individuellement est valable car l'associé survivant compose à lui seul l'assemblée générale¹³⁷⁰.

En dehors de ce cas de figure, il est possible d'imaginer que les associés participent à l'assemblée, mais qu'ils aient convenu de s'abstenir de voter. Alors cette abstention serait tout à fait valable, l'organe social compétent s'étant réuni, sans priver les autres associés de leur droit d'y participer. En revanche, si un seul associé ne peut décider de l'agrément, plusieurs organes sociaux le pourraient-ils davantage, cumulativement ou alternativement ?

358. Une intervention successive de plusieurs organes sociaux est-elle possible ? La doctrine est divisée sur ce point. Contre cette possibilité, il a été avancé l'argument selon lequel, des pouvoirs concurrents pour décider de l'agrément créeraient une insécurité juridique¹³⁷¹.

En effet, il ne saurait y avoir de double agrément, par exemple, dans une société anonyme, celui du conseil d'administration, cumulativement ou alternativement¹³⁷² à celui de l'assemblée générale. L'insécurité juridique de cette solution résiderait dans la possibilité pour un cessionnaire, déjà associé, de participer à la seconde décision, par exemple, celle de l'assemblée générale des actionnaires, laquelle annulerait la première¹³⁷³.

Cependant, cette opinion ne convainc pas : ce risque peut exister en l'absence d'organes

¹³⁶⁷ En ce sens, v. JADAUD (B.), « Qui décide de l'agrément à la cession d'actions ? », *JCP E* 2001, p. 1946, *spéc.* n° 52.

¹³⁶⁸ Pour des exemples de combinaisons, v. JADAUD (B.), « Qui décide de l'agrément à la cession d'actions ? », *JCP E* 2001, p. 1946, *spéc.* n° 52.

¹³⁶⁹ V. *supra* n° 345.

¹³⁷⁰ V. *infra* n° 385 et s. V. par exemple un arrêt ayant admis la validité d'une assemblée composée par les deux associés survivants ne détenant que deux parts alors que l'associé décédé en détenait 1098 : Cass. com., 29 septembre 2015, n° 14-16.142, F-D, H. c/ H., *Rev. sociétés* 2016, p. 46, note (J.-F.) BARBIÈRI.

¹³⁷¹ JADAUD (B.), « Qui décide de l'agrément à la cession d'actions ? », *JCP E* 2001, p. 1946, *spéc.* n° 48.

¹³⁷² Dans ce cas, le second organe disposerait du pouvoir ultime de décider selon la nature de la précédente décision, en cas d'agrément ou de refus d'agrément.

¹³⁷³ En ce sens, v. JADAUD (B.), « Qui décide de l'agrément à la cession d'actions ? », *JCP E* 2001, p. 1946, *spéc.* n° 50.

concurrents pour décider de l'agrément, et cela, dès lors que le cessionnaire appartient à cet unique organe, comme par exemple l'assemblée générale¹³⁷⁴. De plus, à partir du moment où ces organes disposent d'un pouvoir décisionnel au sein de la société, aucun texte n'interdit de les cumuler, au moins dans les sociétés par actions, et spécialement celles organisées sous la forme d'une société anonyme. Cette possibilité semble tout à fait compatible avec l'unique exigence légale d'un agrément donné par « la société »¹³⁷⁵. Les auteurs favorables à cet aménagement invoquent une solution en ce sens de la Cour d'appel de Paris, laquelle a jugé licite la clause prévoyant la possibilité pour le cédant, ou l'administrateur, de faire « appel » de la décision du conseil d'administration devant l'assemblée générale ordinaire¹³⁷⁶. Enfin, une dernière question inhérente aux sociétés par actions se pose.

359. Dans une société par actions, lorsque la loi désigne la compétence d'un organe pour décider des suites du refus d'agrément, est-il possible de confier statutairement à un autre organe cette charge, ainsi que le pouvoir de décider de la demande initiale d'agrément ? En l'absence de précision de l'article L. 228-23, alinéa 1^{er} du Code de commerce, il semble tout à fait possible de confier le pouvoir de décider d'une demande d'agrément, au nom de la société, à un autre organe que ceux visés à l'article L. 228-24, alinéa 2 du même Code¹³⁷⁷. En effet, ce texte ne mentionne leur compétence que pour décider des suites d'un refus d'agrément. De plus, toutes les sociétés par actions ne sont pas organisées selon la structure d'une société anonyme¹³⁷⁸.

Cependant, il serait logique de confier ce pouvoir initial à un organe apte, selon la loi, à décider des suites du refus, puisque ce dernier implique de choisir éventuellement un nouveau cessionnaire. Mais si l'organe initial est différent, alors deux organes sont concurrents pour décider de l'agrément : un premier pour décider de l'agrément du cessionnaire initial, un second pour décider du cessionnaire de substitution. Or, ils risquent d'avoir une opinion différente sur une même personne.

Par conséquent, serait-il possible de destituer les organes désignés à l'article L. 228-24, alinéa 2, pour confier le pouvoir des suites d'un refus d'agrément au même organe que celui choisi pour décider de la demande initiale ? Par exemple, l'assemblée générale dont la compétence

¹³⁷⁴ V. *infra* n° 338, n° 346, n° 350.

¹³⁷⁵ C. com., art. L. 228-23, al. 1^{er}.

¹³⁷⁶ Dossier « Clauses d'agrément dans les sociétés anonymes », par MERCADAL (B.), JANIN (Ph.), Francis Lefebvre, 2010, n° 24, citant CA Paris, 31 mars 1981, Aaron c/ Consorts Amaury, *Gaz. Pal.* 1981, p. 513, note A.P.S.

¹³⁷⁷ Le texte mentionne la compétence du conseil d'administration, du directoire, ou des gérants.

¹³⁷⁸ V. pour la SAS : C. com., art. L. 227-5.

fut admise par la Cour de cassation¹³⁷⁹ ? Aussi logique soit cette solution, l'interprétation stricte des règles procédurales ne semble pas le permettre. Au regard des textes, la seule alternative pour garder une cohérence décisionnelle serait de demander un avis obligatoire du premier organe sur le cessionnaire choisi consécutivement au refus d'agrément ou, d'envisager la stipulation d'un droit de veto, par le biais d'une subtile modification des règles de vote¹³⁸⁰.

360. Observations conclusives du 2. Les limites de la liberté pour désigner l'organe compétent pour agréer. La liberté d'aménager l'attribution du pouvoir d'agrément est limitée par deux éléments.

D'une part, l'exigence légale et jurisprudentielle qu'un organe social décide de l'agrément, d'où deux conséquences se déduisent. Un organe social exclut nécessairement un tiers ou un organe externe *ad hoc*. Cette exclusion est logique car la question de l'agrément est éminemment interne à la société. De plus, il s'agit d'un organe social, ce qui exclut la compétence d'un membre de la société ou, plus généralement, d'une personne ne disposant pas d'un pouvoir décisionnel.

Et, d'autre part, cette liberté est limitée par les règles inhérentes au droit des sociétés, et spécialement celles touchant au droit de vote. À cet égard, une certaine liberté existe, en dépit de leur complexité.

II. La complexité des modalités de vote de l'agrément.

361. Plan. À l'analyse de l'organe compétent pour statuer sur une demande d'agrément succède logiquement celle, plus précise, des règles de vote lorsque ce pouvoir est confié à un organe collégial. Il existe ainsi des règles générales (A), applicables quel que soit le fait générateur de l'agrément, mais toutefois différentes d'une société à une autre, auxquelles s'opposent des règles que l'on qualifiera de spéciales, car applicables dans l'hypothèse particulière du décès d'un associé (B). Cette corrélation spécifique est de prime abord surprenante, il conviendra donc de s'interroger sur sa raison d'être.

¹³⁷⁹ Cass. com., 12 mai 2004, UNFOHLM c/ SA Trois Moulins Habitat, *Bull. civ.* 2004, IV, n° 95 ; *Bull. Joly Sociétés* 2004, p. 1257, note (A) CONSTANTIN ; *Rev. sociétés* 2004, p. 940, note (Th.) BONNEAU ; *RTD com.* 2004, p. 540, note (P.) LE CANNU ; *JCP E* 2004, p. 1512, note (H.) LÉCUYER.

À ce propos, v. *supra* n° 343-1.

¹³⁸⁰ Plus précisément sur la possibilité de stipuler un droit de veto, v. *infra* n° 379 et s.

A. Des règles générales diverses.

362. Plan. Le vote de l'agrément constitue une modification des statuts en tant qu'*instrumentum* puisque les apports réalisés par chaque associé, autrement dit, leur participation au capital, doivent y figurer¹³⁸¹. En outre, les associés composent les parties au contrat de société, lequel peut être considéré comme le *negotium* des statuts¹³⁸². Dès lors, le vote de la décision consécutive à une demande d'agrément devrait, logiquement, requérir les mêmes modalités qu'une modification statutaire¹³⁸³. Afin de vérifier ce postulat, les textes du droit positif seront d'abord analysés (1), pour aborder, ensuite, leurs problèmes d'application (2).

1. Des règles de vote variables selon chaque type sociétaire.

363. Plan. Le postulat selon lequel l'agrément devrait être voté aux conditions requises pour modifier les statuts doit être vérifié dans les sociétés de personnes et la SARL (a), comme dans les sociétés par actions (b). Un tableau du droit positif ne sera toutefois dressé qu'à partir de ces sociétés de droit commun, car les règles des sociétés réglementées sont très diverses et dérogatoires¹³⁸⁴.

¹³⁸¹ C. civ., art. 1835.

¹³⁸² V. en ce sens, SAINTOURENS (B.), v. « Société civile », in *Rép. Soc. Dalloz*, 2012.

Adde pour la définition des statuts et leur double signification : LE CANNU (P.), DONDERO (B.), *Droit des sociétés*, Montchrestien, 6^{ème} éd., 2015, p. 216, n° 325.

¹³⁸³ *Comp.* l'affirmation selon laquelle le vote de l'insertion d'une clause d'agrément ne constitue pas une augmentation de l'engagement des associés et ne requiert donc pas l'unanimité, v. Cass. civ., 9 février 1937, *DP* 1937, 1, p. 73, note BESSON. V. plus récemment à propos de la notion d'augmentation de l'engagement des associés : Cass. com., 26 mars 1996, *Bull. civ.* 1996, IV, n° 94 ; *RTD com.* 1996, p. 487, obs. (B.) PETIT et (Y.) REINHARD.

Adde JOBERT (L.), « La notion d'augmentation des engagements des associés », *Bull. Joly Sociétés* 2004, p. 627 ; TAORMINA (G.), « Réflexions sur l'aggravation des engagements de l'associé », *Rev. sociétés* 2002, p. 267. V. à propos du vote de la stipulation de la clause d'agrément, *supra* n° 292.

¹³⁸⁴ Majoritairement, les textes imposent une majorité des deux tiers des associés exerçant leur profession au sein de la société (à propos des laboratoires d'analyses médicales : C. S. P., art. L. 6212-4, 4 ; à propos des sociétés d'architecture : L. n° 77-2, 3 janvier 1977, art. 13, 4° ; à propos des SEL à forme anonyme et en commandite par actions : L. n° 90-1258, 31 décembre 1990, art. 10, al. 4).

Comp. néanmoins exigeant une majorité de trois quarts : L. n° 66-879, 29 novembre 1966, art. 19, al. 1^{er} (SCP) ; L. n° 90-1258, 31 décembre 1990, art. 10, al. 3 (SEL à responsabilité limitée).

Quelques sociétés laissent néanmoins le soin aux statuts de déterminer cette majorité : L. n° 47-1775, 10 septembre 1947 (sociétés coopératives) ; C. com., art. L. 822-9, al. 6 (sociétés de commissaires aux comptes).

a. Les règles générales de vote dans les sociétés de personnes et la SARL.

364. Plan. En raison de la corrélation faite entre certaines règles de vote et le fait générateur de l'agrément, la loi oblige à distinguer les règles spéciales des règles générales¹³⁸⁵. Ces dernières sont celles applicables en cas de cession ou de faits générateurs assimilés, cette hypothèse étant le postulat sur lequel est construit la législation de l'agrément¹³⁸⁶ (α). Or il existe pourtant un fait générateur pour lequel la loi a jugé utile d'énoncer une précision en matière de vote : lors de la revendication de la qualité d'associé par le conjoint commun en biens (β).

a. Les règles de vote en cas de cession ou d'opérations assimilées.

Comme pour l'étude du domaine de l'agrément¹³⁸⁷, il convient de vérifier si, pour chaque forme sociale, la loi n'instaure pas des règles de vote différentes selon la qualité de son demandeur. *In fine*, puisque l'octroi de l'agrément constitue une modification statutaire, comparer ces règles à celles requises pour modifier les statuts sera nécessaire.

365. En présence d'une société en nom collectif : le vote à l'unanimité. L'article L. 221-13, alinéa 1^{er} *in fine* du Code de commerce dispose que les parts sociales « ne peuvent être cédées qu'avec le consentement de tous les associés ». Son caractère d'ordre public est marqué par la sanction de son alinéa 2, lequel dispose que « toute clause contraire est réputée non écrite »¹³⁸⁸. Cette disposition invalide ainsi les clauses stipulées antérieurement à la loi de 1966, lesquelles admettaient le consentement de la majorité des associés ou, même, autorisaient la libre cession des parts¹³⁸⁹.

Par conséquent, si un seul associé refuse l'agrément du cessionnaire proposé, et faute d'organisation statutaire d'un retrait, l'associé cédant reste lié à la société¹³⁹⁰.

¹³⁸⁵ Les règles de vote d'un agrément consécutif au décès d'un associé seront étudiées ultérieurement, v. *infra* n° 385.

¹³⁸⁶ V. *supra* n° 191 et s., 242, 267.

¹³⁸⁷ V. *supra* n° 82 et s.

¹³⁸⁸ Contrairement à l'incessibilité des parts d'une SNC (C. com., art. L. 221-13, al. 1^{er}).

¹³⁸⁹ V. pour cette pratique et sa justification : HÉMARD (J.), TERRÉ (F.), MABILAT (P.), *Sociétés commerciales*, t. 1, Dalloz, 1972, p. 233, n° 249. Les auteurs invoquent le fait que ces clauses étaient adoptées à l'unanimité par les associés et qu'ils pouvaient décider valablement de prendre certaines décisions modifiant les statuts à la majorité. V. également : HOUIN (R.), GORÉ (F.), « La réforme des sociétés commerciales », *D.* 1967, chron. p. 123, *spéc.* n° 71.

Il sera ultérieurement observé les doutes quant à l'application de l'unanimité au vote de l'agrément des ayants droit du *de cuius* (v. *infra* n° 389).

¹³⁹⁰ L'insertion de clauses dites de rachat, de préemption des parts sociales ou encore de retrait social est néanmoins valable (en ce sens, HÉMARD (J.), TERRÉ (F.), MABILAT (P.), *Sociétés commerciales*, t. 1, Dalloz, 1972, p. 234, n° 250). Sur la licéité de ces retraits conventionnels, v. *infra* n° 468 et s.

Pour une critique des effets du refus d'agrément d'un cessionnaire dans la SNC : v. *infra* n° 467, n° 520.

365-1. La comparaison avec la règle du vote de la modification des statuts. Les modalités de vote de l'agrément sont plus rigoureuses que celles exigées pour modifier les statuts. En effet, l'article L. 221-6, alinéa 1^{er} du Code de commerce autorise ceux-ci à « prévoir que certaines décisions soient prises à une majorité qu'ils fixent ». Cette disparité résulte d'un choix du législateur en 1966 : s'il consacra la jurisprudence ayant assoupli les modalités de modification des statuts¹³⁹¹, en revanche, il désavoua celle qui admettait un vote de l'agrément à la majorité dans le silence des textes¹³⁹². La raison de ce choix réside dans sa volonté de protéger l'intérêt de la société, ainsi que celui des associés en leur permettant, notamment, de conserver un associé solvable pour garantir les dettes sociales.

Sans doute, la discordance existante entre les règles de vote de l'agrément et celles d'une modification statutaire se justifie-t-elle, mais les effets de l'unanimité sont excessivement rigoureux puisque l'associé est tenu de rester dans la société contre son gré, en cas de refus¹³⁹³. De plus, cette exigence brise l'unité de la règle de vote applicable aux modifications statutaires, l'unanimité étant, par principe, supplétive à défaut de volonté contraire exprimée¹³⁹⁴.

Les dispositions relatives à la société en commandite simple posent une règle similaire pour la cession des parts des associés commandités.

366. En présence d'une société en commandite simple : l'unanimité sauf stipulation d'une majorité statutaire. L'article L. 222-8, I du Code de commerce pose le principe selon lequel : « Les parts sociales ne peuvent être cédées qu'avec le consentement de tous les associés ». Toutefois, il est immédiatement précisé au II, 2^o que : « Les parts des associés commanditaires peuvent être cédées [...] avec le consentement de tous les commandités et de la majorité en nombre et en capital des commanditaires ». Le 3^o de ce même article autorise aussi les statuts à prévoir la possibilité pour les commandités de céder « une partie »¹³⁹⁵ de leurs parts à un commanditaire, ou à un tiers étranger à la société, dans les mêmes conditions que précédemment mentionnées.

366-1. La comparaison avec la règle du vote de la modification des statuts. Tout comme pour le vote de l'agrément, la loi pose un principe et une exception.

Le principe est celui d'une modification des statuts à l'unanimité des commandités et, à la majorité en nombre et en capital des commanditaires, tandis que l'exception se déduit de l'article L. 222-9 du Code de commerce précisant à la suite de ce principe que : « Les clauses édictant des

¹³⁹¹ V. par exemple : Trib. Seine, 20 mars 1920, *Journ. sociétés* 1922, p. 333.

¹³⁹² HÉMARD (J.), TERRÉ (F.), MABILAT (P.), *op. cit.*, t. 1, Dalloz, 1972, p. 232, n^o 249.

¹³⁹³ V. à propos de la proposition faite pour contrer les effets de l'absence d'unanimité, v. *infra* n^o 520 et s.

¹³⁹⁴ C. civ., art. 1836.

¹³⁹⁵ Pour une interprétation de la spécificité de cette mention dans le texte, v. LE CANNU (P.), DONDERO (B.), *Droit des sociétés*, Montchrestien, 6^{ème} éd., 2015, p. 896, n^o 1419 : « il s'agit d'éviter que la société ne perde l'un de ses garants sans le consentement de tous les commanditaires ».

conditions plus strictes de majorité sont réputées non écrites ». *A contrario*, il s'en déduit que les clauses édictant des conditions moins strictes sont licites.

Par conséquent, comme pour la SNC, les règles de vote de l'agrément peuvent être plus sévères que celles nécessaires pour modifier les statuts, lorsque ces dernières sont aménagées statutairement, à l'exception du consentement des commandités, lequel doit toujours être unanime. En est-il de même pour la société civile ?

367. En présence d'une société civile : l'unanimité sauf stipulation d'une majorité statutaire. En principe, l'agrément d'une cession de parts sociales doit être donné à l'unanimité, quelle que soit la qualité du bénéficiaire : tiers, conjoint, ascendant, descendant, ou associés¹³⁹⁶.

Cependant, les statuts peuvent convenir de la soumettre à une majorité de leur choix¹³⁹⁷. Rien n'empêche alors de stipuler, par exemple, une majorité renforcée par tête et en capital¹³⁹⁸. Il est également possible d'imaginer une majorité renforcée pour la cession à un conjoint et, une majorité simple pour la cession à un associé, et vice versa. Ou tout simplement, poser le principe d'un agrément voté aux conditions requises pour modifier les statuts.

367-1. La comparaison avec la règle du vote de la modification des statuts. L'article 1852 du Code civil relatif aux décisions collectives, modificatives ou non des statuts, dispose que ces décisions « [...] sont prises selon les dispositions statutaires ou, en l'absence de telles dispositions, à l'unanimité des associés ». Par conséquent, les règles de vote pour décider d'une modification des statuts, ou de l'agrément d'un cessionnaire, sont similaires ; ces textes sont donc cohérents. *Quid* de ceux relatifs à la SARL ?

368. En présence d'une société à responsabilité limitée : des majorités dont les aménagements dépendent de la qualité du demandeur de l'agrément. Les textes relatifs à cette société sont plus complexes car ils créent un lien entre la majorité requise pour voter, les limites de son aménagement, et la qualité du demandeur de l'agrément, lequel peut être un associé, le conjoint, l'ascendant, ou le descendant d'un associé ou, évidemment, n'importe quel autre tiers. *In fine*, comme pour les précédentes structures, ces règles seront comparées à la majorité requise pour modifier les statuts.

¹³⁹⁶ C. civ., art. 1861, al. 1. Toutes les cessions sont concernées sauf celles consenties à des ascendants ou des descendants du cédant, lesquelles sont en principe libres, à moins que les statuts n'en stipulent autrement. Au contraire, les cessions faites aux associés ou au conjoint de l'un d'eux sont en principe soumises à leur agrément, à moins que les statuts ne les en dispensent (C. civ., art. 1861, al. 2).

¹³⁹⁷ C. civ., art. 1861, al. 2. Ces clauses dérogeant à l'unanimité s'interprètent strictement. V. à ce propos : CA Bordeaux, 1^{ère} ch. civ., 12 mars 2009, Salles c/ Salles, *JurisData* n° 2009-004575, *Dr. sociétés* 2009, comm. 201, note critique (R.) MORTIER. Cet arrêt pose le principe selon lequel, en présence d'une société familiale, l'expression « des associés représentant les trois quarts au moins du capital social » doit s'entendre d'un minimum de deux associés même si l'un d'entre eux détient, à lui seul, les trois quarts du capital social.

¹³⁹⁸ *Comp.* l'article 19, al. 1^{er} de la loi n° 66-879 du 29 novembre 1966 relative aux sociétés civiles professionnelles, plus dirigiste, lequel dispose que : « Les parts sociales peuvent être transmises ou cédées à des tiers avec le consentement des associés représentant au moins les trois quarts des voix. Toutefois, les statuts peuvent imposer l'exigence d'une majorité plus forte ou l'unanimité des associés ».

368-1. En cas de cession à des tiers étrangers : une majorité légale représentant la moitié des parts sociales, sauf majorité statutaire plus forte. En vertu de l'article L. 223-14, alinéa 1^{er} du Code de commerce : « Les parts sociales ne peuvent être cédées à des tiers étrangers à la société qu'avec le consentement de la majorité des associés représentant la moitié des parts sociales [...] ». Avant la modification de ce texte par l'ordonnance du 25 mars 2004, cette majorité était double et devait réunir la majorité des associés, représentant au moins les trois quarts des parts sociales¹³⁹⁹. Le texte précise dorénavant que les statuts peuvent convenir d'une majorité plus forte, ce qui permet aux sociétés constituées antérieurement à cette réforme de ne pas modifier leurs statuts, et aux autres, de renforcer la majorité légalement exigée, sans toutefois pouvoir amoindrir le seuil de la moitié des parts sociales en raison de l'impérativité du texte¹⁴⁰⁰. À défaut de plafond légal maximal, il semble d'ailleurs que les statuts puissent exiger un vote unanime de l'agrément, et cela, contrairement à l'interdiction faite par la loi pour voter une modification des statuts¹⁴⁰¹. L'usage d'une telle liberté se comprend si les associés souhaitent renforcer la fermeture de leur groupement vis-à-vis des tiers étrangers. Mais elle ne semble pas permise à l'égard des tiers proches de l'associé¹⁴⁰².

368-2. En cas de cession au conjoint, à des ascendants, à des descendants du cédant : une majorité identique à celle des tiers étrangers, sans possibilité de stipuler une majorité plus forte. L'ordonnance du 25 mars 2004 a aligné les modalités de vote de l'agrément de ces personnes sur celles des tiers étrangers, dont l'agrément est impératif. Ainsi leur agrément requiert-il la réunion de la majorité des associés, représentant la moitié des parts sociales. Cependant, l'article L. 223-13, alinéa 2 du même Code précise que les statuts ne peuvent exiger une majorité plus forte que celle prévue pour l'agrément des tiers étrangers.

Ce renvoi pose un problème d'interprétation car l'article L. 223-14, alinéa 1^{er} du Code de commerce autorise les statuts à prévoir une majorité plus forte que la majorité représentant la moitié des parts sociales. Or, comme s'interrogent les professeurs Le Cannu et Dondero, « qu'est-

¹³⁹⁹ Pour certains auteurs, cette ancienne majorité représentait l'importance de l'*intuitu personae* dans la SARL en rendant plus difficile la cession des titres et l'accès pour un tiers au capital (v. en ce sens notamment : SAINTOURENS (B.), « L'attractivité renforcée de la SARL après l'ordonnance n° 2004-274 du 25 mars 2004 », *Rev. sociétés* 2004, p. 207). Cependant, cette règle constituait aussi un piège dont il était impossible de sortir en cas de constitution d'un bloc minoritaire de blocage (v. par exemple : CA Paris, 5^{ème} ch. B, 28 janvier 1999, SARL Noralyk c/ Cyhanem et a., *RTD com.* 1999, p. 441, note (Cl.) CHAMPAUD et (D.) DANET ; Cass. com., 26 janvier 1993, Madar et autres c/ Caudan, *Dr. sociétés* mars 1993, p. 9, note (H.) LE NABASQUE).

¹⁴⁰⁰ Également favorable à cette opinion : CONSTANTIN (A.), « Commentaires des dispositions de l'ordonnance du 25 mars 2004 relatives au droit des sociétés », *Rev. Lamy Droit des affaires* 2004, n° 73.

¹⁴⁰¹ Également favorable à cette opinion : SAINTOURENS (B.), « L'attractivité renforcée de la SARL après l'ordonnance n° 2004-274 du 25 mars 2004 », *Rev. sociétés* 2004, p. 207, *spéc.* n° 26.

Comp. pour l'admission d'un tel renforcement avant 1966 : Cass. com., 20 janvier 1958, *Bull. civ.* 1958, III, p. 25.

¹⁴⁰² À propos de la notion de tiers proches de l'associé, v. *supra* n° 237 et s.

ce qu'une majorité pas plus forte qu'une majorité plus forte »¹⁴⁰³ ? En vertu de l'interprétation stricte des règles procédurales de l'agrément, il semblerait que la référence à cette majorité doit s'entendre strictement, sans possibilité de prévoir une majorité plus forte ; cette faculté étant réservée uniquement à l'agrément des tiers étrangers pour laquelle elle est mentionnée¹⁴⁰⁴. En outre, cette restriction se comprend à l'égard de la *ratio legis* du dispositif : le législateur encourage les cessions faites aux proches de l'associé¹⁴⁰⁵. Au contraire, l'article L. 223-16 du Code de commerce ayant trait aux cessions entre associés permet de stipuler une majorité plus faible.

368-3. En cas de cession aux associés : une majorité identique à celle des tiers étrangers, avec la possibilité de stipuler une majorité plus faible. Les parts sociales sont en principe librement cessibles entre associés¹⁴⁰⁶. Toutefois, lorsque les statuts contiennent une clause d'agrément visant à contrôler ces mouvements de parts, le régime applicable est celui de l'agrément impératif des tiers étrangers¹⁴⁰⁷, avec la possibilité néanmoins de réduire la majorité de son vote¹⁴⁰⁸. Si le but de cette mesure est compréhensible puisqu'il s'agit de faciliter l'agrément des associés en place qui ont, en principe, déjà fait l'objet de l'agrément de la société, elle ne contribue guère à la cohérence des dispositions législatives. En effet, cette disposition pose une majorité plus faible que celle requise pour modifier les statuts.

368-4. La comparaison avec la règle de vote relative à la modification des statuts. Sauf pour certaines décisions nécessitant l'unanimité (changement de nationalité, augmentation des engagements des associés, transformation en une société autre qu'une SA), la modification des statuts requiert la réunion d'une majorité différente selon la date de constitution de la société, avant ou après l'entrée en vigueur de la loi du 2 août 2005, le 3 août de cette même année¹⁴⁰⁹. Mais dans tous les cas, elle est toujours renforcée : par tête et en capital.

Avant cette date, une décision représentant au moins les trois quarts des parts sociales est requise, sans pouvoir exiger une majorité plus élevée. Tandis que postérieurement, les modifications sont décidées à la majorité des deux tiers des parts détenues par les associés, présents ou représentés, ou selon une majorité plus élevée prévue par les statuts, sans toutefois pouvoir requérir l'unanimité des associés.

¹⁴⁰³ LE CANNU (P.), DONDERO (B.), *Droit des sociétés*, Montchrestien, 6^{ème} éd., 2015, p. 842, n° 1318, note de bas de page n° 30.

¹⁴⁰⁴ V. *supra* n° 368-1.

¹⁴⁰⁵ En ce sens, v. *supra* n° 124.

¹⁴⁰⁶ C. com., art. L. 223-16.

¹⁴⁰⁷ C. com., art. L. 223-14.

¹⁴⁰⁸ En principe, la majorité des associés représentant au moins la moitié des parts sociales. Cette majorité remplace depuis 2004 l'ancienne majorité des associés représentant au moins les trois quarts du capital social.

¹⁴⁰⁹ C. com., art. L. 223-30.

Par conséquent, le seuil légal pour voter l'agrément est plus faible que celui requis pour modifier les statuts, sauf à l'égard des tiers étrangers pour lesquels un rehaussement est possible, voire, jusqu'à requérir l'unanimité, alors même que cette possibilité est interdite pour modifier les statuts. Ce droit positif est donc incohérent puisqu'il fait coexister différentes règles ayant pourtant la même finalité : celle d'une modification statutaire.

369. Observations conclusives du α . Les règles de vote de l'agrément en cas de cession dans les sociétés de personnes et la SARL. Dans ces sociétés, la logique voudrait que le seuil minimal pour voter l'agrément soit le même que celui nécessaire pour modifier les statuts. Or cette concordance ne se retrouve qu'à l'égard de la société civile. Pour les autres, le législateur influe sur la majorité requise en fonction de la faveur, ou même de la rigueur, qu'il souhaite établir à l'égard de certains bénéficiaires des parts. Cet interventionnisme ne semble pas pour autant légitime : il empiète sur un domaine réservé à la liberté contractuelle, celui de la définition par les associés de leur *intuitu personae*, laquelle s'accommode des caractéristiques propres à chaque société¹⁴¹⁰. Une piste de simplification de cette législation consisterait à poser le principe du vote d'un agrément, aux conditions requises pour modifier les statuts dans chaque société. En outre, les dispositions actuelles de cette catégorie de sociétés présentent un second degré de difficulté : la loi ne détermine pas toujours des majorités de vote, elle peut aussi priver de son droit un associé. Surprenante, cette possibilité existe pourtant à l'article 1832-2 du Code civil.

β . La suppression du droit de vote en cas de revendication du conjoint.

370. L'exceptionnel règlement du conflit d'intérêts visé par l'article 1832-2, alinéa 3 *in fine* du Code civil¹⁴¹¹. Ce texte précise que : « [...] ; lors de la délibération sur l'agrément, l'époux associé ne participe pas au vote et ses parts ne sont pas prises en compte pour le calcul du quorum et de la majorité ». Il s'agit là d'une disposition rare par laquelle le législateur prévient la survenance d'un conflit d'intérêts, en privant de son droit de vote l'un des protagonistes à ce conflit¹⁴¹². En effet, l'époux associé risque de ne pas être impartial lors du vote de l'agrément de son conjoint. Plutôt que de partialité, ce conflit se caractérise même, davantage, par l'impossibilité morale dans lequel

¹⁴¹⁰ Par exemple, la SNC est par nature une société marquée d'*intuitu personae* en raison de la responsabilité illimitée et solidaire des associés, mais aussi du principe de l'unanimité applicable aux votes lors des assemblées.

¹⁴¹¹ Pour plus de détails sur cet article, v. *supra* n° 210 et s.

¹⁴¹² Une disposition similaire existe pour la société européenne à l'article L. 229-11, alinéa 2 du Code de commerce, lequel dispose que dans l'hypothèse où la cession est nulle en raison de la violation de la clause d'agrément, celle-ci « [...] peut être régularisée par une décision prise à l'unanimité des actionnaires non parties au contrat ou à l'opération visant à transférer les actions ». V. *infra* n° 575 et s..

se trouve l'associé de voter pour ou contre l'entrée de son conjoint dans le groupe¹⁴¹³. En revanche, la mention du calcul du quorum et de la majorité, sans ses droits, se comprend comme étant un renvoi aux règles de chaque société, à l'exception, évidente, des sociétés par actions pour lesquelles cette disposition n'est pas applicable.

b. Les règles de vote applicables aux sociétés par actions.

Qu'il s'agisse des textes de leur droit commun ou de ceux propres à chaque société, il convient de vérifier leur contenu¹⁴¹⁴.

371. Dans le droit commun des actions. Les articles L. 228-23 et L. 228-24 du Code de commerce n'indiquent aucune règle de vote pour décider de l'agrément. Dès lors, puisque son octroi modifie les statuts, la majorité inhérente à cette modification est applicable, c'est-à-dire, une majorité des deux tiers des actionnaires, présents ou représentés lors de l'assemblée générale extraordinaire¹⁴¹⁵, à moins que cette compétence ait été déléguée au conseil d'administration ou au directoire¹⁴¹⁶. Dans ce cas, les règles de vote propres à ces organes sociaux sont applicables en l'absence de disposition légale contraire. Ces propos sont en partie transposables à la société en commandite par actions.

372. Dans la société en commandite par actions. De même, en l'absence de disposition spéciale, les règles inhérentes à la modification des statuts s'appliquent. Celles-ci figurent à l'article L. 226-11 du Code de commerce, lequel dispose que : « La modification des statuts exige, sauf clause contraire, l'accord de tous les commandités ». Lorsque seules sont concernées des actions de commanditaires, le silence du texte laisse supposer que le droit commun des actions est applicable, en vertu du renvoi général existant à son égard¹⁴¹⁷. Au contraire, en présence d'une société par actions simplifiée, les statuts sont libres de déterminer cette majorité.

373. Dans la société par actions simplifiée. L'article L. 227-14 du Code de commerce ne fait aucune mention à ce sujet, laissant supposer que la liberté contractuelle est totale en la matière. Néanmoins, à défaut de stipulation statutaire, le principe énoncé par l'article 1836 du Code civil sera applicable, c'est-à-dire, une modification des statuts à l'unanimité des associés. De

¹⁴¹³ Pour plus de précisions à propos de ce conflit d'intérêts, v. *infra* n° 381 et s.

¹⁴¹⁴ Pour des propos plus généraux sur le droit de vote de l'actionnaire : *adde* MOULIN (J.-M.), « Les mutations du droit de vote dans les sociétés anonymes. Propos introductifs sur le droit de vote de l'actionnaire », *RTDF* 2011, n° 4, p. 5.

¹⁴¹⁵ C. com., art. L. 225-96. Pour la détermination de la compétence de l'assemblée générale extraordinaire pour statuer sur une demande d'agrément, v. *supra* n° 343 et s.

¹⁴¹⁶ Pour les règles de vote du conseil d'administration, v. C. com., art. L. 225-37, al. 2. Pour les règles applicables au directoire, v. C. com., art. L. 225-64, al. 4, lequel confère aux statuts le soin de décider les conditions de ses délibérations.

Pour la détermination de l'organe d'une SA compétent pour statuer sur l'agrément, v. *supra* n° 340 et s.

¹⁴¹⁷ C. com., art. L. 226-1, al. 2. V. *supra* n° 371.

la sorte, *l'intuitu personae* de cette société peut être aussi affirmé que celui d'une SNC. Il en est de même pour la société européenne.

374. Dans la société européenne. Les remarques précédentes sont aussi valables pour l'article L. 229-11 du même Code, lequel ne fait pas davantage mention des règles de vote de l'agrément¹⁴¹⁸. Son second alinéa retient toutefois l'attention, car il impose une rare suppression du droit de vote de l'actionnaire cédant lors du vote unanime de la décision sociale de régularisation. Cette disposition est doublement contestable : au regard du principe même de la régularisation¹⁴¹⁹, mais aussi, du supposé conflit d'intérêts présenté par cette situation¹⁴²⁰.

375. Observations conclusives du b. Les règles de vote de l'agrément en cas de cession dans les sociétés par actions. Contrairement au pointillisme des textes relatifs aux sociétés de personnes et à la SARL, ceux des sociétés par actions présentent une relative cohérence, précisément en raison de leur silence sur ce point. Puisque l'octroi de l'agrément constitue une modification statutaire, alors la règle de son vote se déduit logiquement des textes déterminant ses conditions. En dépit de sa simplicité, ce principe suscite des problèmes d'application.

2. Les problèmes d'application liés aux règles de vote de l'agrément.

376. Plan. Ces derniers ont trait aux conditions d'exercice et à l'aménagement du droit de vote (a), mais aussi à la présence récurrente de conflits d'intérêts (b).

a. Les conditions d'exercice et l'aménagement du droit de vote.

Les principaux problèmes se présentant en pratique seront évoqués. *In fine*, il conviendra d'en synthétiser les causes.

377. Si un organe collégial est compétent pour décider d'une demande d'agrément, la présence de tous ses membres est-elle nécessaire ? La jurisprudence a répondu à cette question en affirmant que les conditions légales ou statutaires relatives à la réunion de cet organe doivent être respectées. Ainsi, un conseil d'administration anormalement réduit à deux membres

¹⁴¹⁸ Néanmoins, il convient de noter une importante règle de vote dans l'hypothèse d'une régularisation d'une cession réalisée en violation de la clause d'agrément d'une société européenne. L'article L. 229-11, alinéa 2 du Code de commerce dispose ainsi que « [cette nullité] peut être régularisée par une décision prise à l'unanimité des actionnaires non parties au contrat ou à l'opération visant à transférer les actions ». V. *infra* n° 575 et s.

¹⁴¹⁹ *Comp.* la jurisprudence en la matière : v. *supra* n° 576.

¹⁴²⁰ Pour plus de précisions sur le traitement de ce conflit, v. *infra* n° 384.

ne saurait donner l'agrément exigé par les statuts¹⁴²¹. De même, une assemblée générale doit respecter les règles de quorum afin de délibérer valablement sur une demande d'agrément¹⁴²². Et le cédant y participant doit voter dans un certain sens.

378. Le vote de l'associé cédant doit-il être favorable au cessionnaire ? Le cédant-vendeur ne saurait se prononcer contre l'agrément de son cessionnaire à qui il doit « non seulement livrer la chose promise [...], mais encore lui en garantir la jouissance paisible »¹⁴²³. Le cas échéant, il serait possible d'obtenir en justice que son vote soit réputé favorable à l'admission dudit cessionnaire. Une autre solution consisterait à censurer son vote par un droit de veto.

379. Est-il possible d'instaurer un droit de veto¹⁴²⁴ ? L'instauration d'un droit de veto confère un droit d'opposition à la délibération d'une assemblée ou à la décision d'un organe social¹⁴²⁵. Or, ne porte-t-il pas atteinte à l'exercice du droit de vote des associés ? La question de sa licéité se pose donc au regard des règles propres à chaque forme sociétaire. Toutefois en matière d'agrément, la question de son octroi au profit d'un tiers ne se pose pas ; cette décision appartenant exclusivement à la société¹⁴²⁶.

379-1. La société civile et la SARL. Pour la société civile et la SARL, la stipulation d'un tel droit semble possible, mais pas dans la même mesure pour ces deux sociétés.

- S'agissant de son attribution au profit d'un associé contre le vote de l'assemblée, une telle faculté est tout à fait admissible au regard de l'article 1852 du Code civil, lequel confère une grande liberté pour organiser la répartition du droit de vote entre les associés d'une société civile¹⁴²⁷ ; la seule limite résidant dans l'impossibilité de supprimer le droit de vote de l'associé.

¹⁴²¹ C. com., art. L. 225-37 ; Cass. com., 18 novembre 1974, Consorts Buzyn c/ Nicolas, *Bull. civ.* 1974, IV, p. 237 ; *Rev. sociétés* 1975, p. 273, note (Y.) CHARTIER ; *D.* 1975, IR, p. 28. Et sur renvoi : CA Lyon, 18 mars 1976, *Rev. sociétés* 1978, p. 102.

¹⁴²² Cass. com., 26 janvier 1993, Madar et autre c/ Caudan, *Bull. civ.* 1993, IV, n° 32, p. 20 ; *Bull. Joly Sociétés* 1993, p. 462, note (A.) COURET ; *JCP E* 1993, II, 419, note (H.) LE NABASQUE ; *Rev. sociétés* 1993, p. 422, note (B.) SAINTOURENS. Dans cette affaire, il a été jugé qu'un seul associé ne saurait valablement voter sans la présence de ses deux autres associés.

¹⁴²³ Cass. 3^{ème} civ., 19 février 1970, *Bull. civ.* 1970, III, n° 123.

Et à propos d'un nantissement, v. CA Paris, 2 avril 1999, *Dr. sociétés* 1999, comm. n° 178, note (Th.) BONNEAU.

L'associé débiteur dont les titres sont nantis ne peut pas non plus voter contre l'agrément de son créancier (MERCADAL (B.), JANIN (Ph.), *Dossier « Clauses d'agrément dans les sociétés anonymes »*, Francis Lefebvre, 2010, n° 13).

¹⁴²⁴ HOVASSE (H.), « Le droit de veto », *Dr. sociétés* 2014, n° 7, dossier 5, définissant le droit de veto comme « [...] la faculté reconnue à une ou plusieurs personnes de s'opposer à une décision d'un organe social » ; RAKOTOVAHINY (M.), « Le droit de veto dans les sociétés », *Rev. sociétés* 2017, p. 277.

¹⁴²⁵ La Cour de cassation a admis la validité d'un droit de veto à l'égard du conseil d'administration statutaire d'une association : « [...] même s'il peut faire échec à la volonté de la majorité, il ne permet pas à son titulaire de se substituer à celle-ci et oblige, en réalité, à ce qu'un accord soit trouvé » (Cass. 1^{ère} civ., 17 février 2016, n° 15-11.304, *Dr. Sociétés* 2016, comm. 76, note (H.) HOVASSE ; *Gaz. Pal.* 2016, p. 63, note (J.) DELVALLÉE).

¹⁴²⁶ À ce propos, v. *supra* n° 354.

Pour d'autres hypothèses d'octroi du droit de veto à un tiers, v. HOVASSE (H.), *art. préc.*, *spéc.* n° 16.

¹⁴²⁷ C. civ., art. 1852 : « Les décisions qui excèdent les pouvoirs reconnus aux gérants sont prises selon les dispositions statutaires ou, en l'absence de telles dispositions, à l'unanimité des associés ».

- En revanche, dans le cadre de la SARL, cette attribution est discutée en vertu du texte de l'article L. 223-2 du Code de commerce, lequel dispose, *in fine*, que le capital de cette société « [...] est divisé en parts sociales égales ». Pour certains auteurs, cette règle ne concernerait que la valeur nominale des parts. Dès lors, il serait possible d'attacher à une part sociale, plusieurs droits de vote ou un droit de veto, à condition que toutes les parts bénéficient d'un droit de vote¹⁴²⁸. Au contraire, pour d'autres, cette règle est d'interprétation stricte et se combine avec l'article L. 223-28, alinéa 1^{er}, lequel énonce que : « Chaque associé a droit de participer aux décisions et dispose d'un nombre de voix égal à celui des parts sociales qu'il possède »¹⁴²⁹. Ce principe de proportionnalité entre le droit de vote et la participation au capital est d'autant plus affirmé, que le dernier alinéa sanctionne toute clause contraire en la réputant non écrite.

Si l'attribution d'un droit de veto au profit d'un associé de SARL ne semble pas envisageable, il pourrait toutefois être attribué à l'assemblée, afin de s'opposer à la décision du gérant lorsque celui-ci bénéficie d'une délégation du pouvoir d'agréer¹⁴³⁰. De même, la liberté accordée par le législateur aux statuts d'une société civile, pour déterminer les pouvoirs du gérant, autorise la stipulation de cette déchéance pour un retour de son pouvoir originel au profit de l'assemblée des associés¹⁴³¹. Cette possibilité n'est, en revanche, pas permise dans les autres sociétés de personnes.

379-2. Les sociétés de personnes autres que la société civile et la SARL. Pour ces sociétés, les règles désignant l'organe compétent pour décider d'une demande d'agrément étant d'ordre public, ainsi que les modalités de vote de cette décision, les exceptions mentionnées par la loi ne peuvent s'interpréter que restrictivement¹⁴³². Par conséquent, en l'absence d'autorisation légale d'instaurer un droit de veto, seule peut être utilisée, à l'instar d'un tel droit, la marge de liberté octroyée pour augmenter les majorités ou les quorums¹⁴³³. Bien que peu permissif, cet état du droit est beaucoup plus simple que celui existant pour les sociétés par actions.

379-3. Les sociétés par actions. Parmi ces dernières, seule la société en commandite par actions dispose d'un droit de veto conféré par la loi, aux associés commandités, lors du vote par

¹⁴²⁸ V. en ce sens, LE CANNU (P.), DONDERO (B.), *Droit des sociétés*, Montchrestien, 6^{ème} éd., 2015, p. 831, *spéc.* n° 1291 ; De BERMOND DE VAULX (J.-M.), « Les parts sociales privilégiées », *JCP E* 1993, 294.

¹⁴²⁹ V. en ce sens, HOVASSE (H.), *art. préc.*, *spéc.* n° 6

¹⁴³⁰ V. *supra* n° 336, 437 et s.

¹⁴³¹ C. civ., art. 1848.

¹⁴³² À propos de l'organe compétent pour statuer sur une demande d'agrément, v. *supra* n° 331 et s., et les modalités de vote de cette décision, v. *supra* n° 361 et s.

¹⁴³³ LE NABASQUE (H.), GAILLARD (J.-M.), KADDOUCH (R.), PORTIER (P.), SOLLE (B.), « Les actions de préférence », *Actes prat. ing. sociétaire* 2006, dossier n° 3, § 54. Ces auteurs estiment qu'il « est aujourd'hui peu de droits de veto qui s'habillent du manteau du droit de s'opposer, purement et simplement, à l'adoption de telle ou telle résolution. Le plus souvent, les droits dits de « veto » se dissimulent sous l'apparence de conditions de majorité renforcées (requérant, par exemple, le vote convergent de deux au moins des administrateurs représentant les intérêts des actionnaires de préférence), voire d'unanimité, lesquelles sont, on le sait, parfaitement licites (C. com., art. L. 225-37). De sorte que, habillé de ces atours, les droits de veto nous semblent parfaitement concevables, au moins dans les organes de direction ou de surveillance de la société anonyme ».

les commanditaires, de l'agrément d'un cessionnaire d'actions. Ce droit n'est pas explicitement consacré, mais il se manifeste concrètement sous la forme de l'unanimité requise des commandités pour approuver le vote des commanditaires¹⁴³⁴. Ce veto n'est toutefois pas d'ordre public, la loi précisant la faculté pour les statuts de le supprimer¹⁴³⁵. Dans les autres sociétés par actions, les statuts peuvent-ils au contraire créer un droit de veto au profit de certains actionnaires ou de certains organes sociaux ? Par comparaison entre les règles de la SA et celles de la SAS, seront successivement analysées les hypothèses de l'insertion de ce droit, au sein des conseils d'administration ou de surveillance, puis au sein des assemblées d'actionnaires.

- En premier lieu, il convient de comparer les possibilités offertes par une SAS et une SA¹⁴³⁶, pour instituer un droit de veto au profit de l'un ou de plusieurs membres des conseils d'administration ou de surveillance. Dans la SAS, l'absence de disposition contraignante autorise à doter certains administrateurs d'un droit de veto¹⁴³⁷. En revanche, la situation est plus complexe pour une société anonyme, la loi réglementant strictement le fonctionnement de ses organes sociaux.

En effet, le Code de commerce exige un quorum de la moitié des membres du conseil d'administration pour que la délibération prise soit valable, sans possibilité d'abaisser ou d'élever ce quorum ; toute clause contraire étant réputée non écrite¹⁴³⁸. Reste la seule possibilité d'influer sur le seuil de majorité ; le rehaussement de celle-ci étant expressément autorisé par la loi¹⁴³⁹. Il est alors possible d'imaginer que le droit de veto prenne la forme d'un vote prépondérant de certains membres, comme le serait une double majorité¹⁴⁴⁰.

- En second lieu, des observations équivalentes peuvent être faites à propos du droit de veto dans les assemblées d'actionnaires. Dans la SAS, la liberté est, là encore, prédominante, l'article L. 227-9, alinéa 1^{er} posant le principe selon lequel : « Les statuts déterminent les décisions qui doivent être prises collectivement par les associés dans les formes et conditions qu'ils prévoient ». Il est dès lors possible d'envisager qu'une stipulation statutaire interdise le vote de l'agrément, sans

¹⁴³⁴ Cette règle est plus généralement applicable à toute modification statutaire : C. com., art. L. 226-11, al. 1^{er}.

¹⁴³⁵ V. *supra* n° 372.

¹⁴³⁶ Ces propos valent également pour la société européenne dont l'organisation est similaire à celle de la société anonyme (C. com., art. L. 229-7).

¹⁴³⁷ En ce sens, v. MORTIER (R.), « Caractéristiques des actions de préférence », in *Dossier Les actions de préférence, Actes prat. Ing. sociétaire* 2012, n° 126, p. 6, *spéc.* p. 16, n° 46.

¹⁴³⁸ C. com., art. L. 225-37, al. 1^{er} (pour le conseil d'administration) ; art. L. 225-82, al. 1^{er} (pour le conseil de surveillance).

¹⁴³⁹ C. com., art. L. 225-37, al. 2 (pour le conseil d'administration) ; art. L. 225-82, al. 2 (pour le conseil de surveillance).

¹⁴⁴⁰ En ce sens, v. MORTIER (R.), *op. cit.*, *spéc.* p. 17, n° 46 : « [...] le droit de veto résultant d'une double majorité (un certain nombre d'administrateurs incluant nécessairement les administrateurs désignés par les actionnaires de préférence) nous semble parfaitement valable. À bien y réfléchir en effet le mécanisme de double majorité ne porte pas par nature un rehaussement de quorum prohibé, car rien n'interdit au conseil de se réunir valablement hors la présence des administrateurs dont le vote est nécessaire pour adopter la délibération : si la décision ne peut en définitive être prise, c'est bien faute de majorité, et non de quorum empêchant la réunion du conseil ».

l'autorisation préalable d'un ou de plusieurs actionnaires spécialement désignés. La position de ces derniers serait alors similaire à celle des associés commandités, sans toutefois supporter leur responsabilité solidaire et illimitée.

Dans la société anonyme, les règles gouvernant la délibération des assemblées générales sont peu aménageables. Leur caractère d'ordre public est fortement affirmé puisque la violation des règles de majorité est sanctionnée par la nullité de la délibération¹⁴⁴¹. Seules des dérogations statutaires portant sur les quorums sont admises par la loi¹⁴⁴². Ainsi une conclusion quasiment similaire à celle faite pour le conseil d'administration ou de surveillance s'impose-t-elle : seul serait valable un droit de veto empruntant la voie d'un rehaussement de quorum, contrairement à l'hypothèse précédente, où seule la majorité pouvait être augmentée.

- Enfin, si ces solutions sont peu satisfaisantes, alors pourquoi ne pas recourir aux actions de préférence, en dotant celles-ci d'une clause d'agrément en cas de transfert ? La réunion d'une assemblée spéciale à effet de statuer sur cette demande exclurait alors tout autre organe social. Ce dispositif aurait, par ailleurs, pour conséquence de créer un noyau dur de contrôle, tout comme il en existe dans les commandites par actions. Leur création suppose toutefois une renonciation préalable des actionnaires de l'assemblée générale à exercer ce droit à leur profit.

380. Observations conclusives du a. Les aménagements du droit de vote. Au-delà du vote de l'agrément et de l'encadrement impératif de son exercice, les problèmes soulevés sont avant tout liés à la détermination de la frontière entre la liberté contractuelle et l'ordre public sociétaire pour exercer le droit de vote. Priver autoritairement l'associé du droit de l'exercer porterait atteinte à la substance de ses droits sociaux. Mais au contraire, il pourrait valablement y renoncer, dès lors que cette renonciation est volontaire et préalable à l'exercice de ce vote, sans qu'il ne soit pour autant porté atteinte à son droit d'intervenir lors des assemblées¹⁴⁴³. En cas de conflit d'intérêts, les statuts pourraient envisager de les régler par une telle solution.

¹⁴⁴¹ C. com., art. L. 225-121, al. 1^{er}.

¹⁴⁴² C. com., art. L. 225-96, al. 2 pour les assemblées générales extraordinaires, dont relève la compétence pour statuer sur une demande d'agrément. V. *supra* n° 340 et s.

¹⁴⁴³ Admettant la validité de cette renonciation, v. Cass. com., 17 juin 1974, *Rev. sociétés* 1977, note (D.) RANDOUX ; *RTD com.* 1975, p. 534, n° 8, obs. (R.) HOUIN.

Adde à propos de la cession du droit de vote : COURET (A.), « Le transfert temporaire du droit de vote : retour sur une question taboue », *Bull. Joly Sociétés* 2015, n° 3.

b. Les conflits d'intérêts liés au vote de l'agrément.

381. Plan. Les particularités de ces conflits nécessitent d'être analysées (α), avant de s'interroger sur la façon dont le droit positif traite leur règlement (β).

a. Les éléments du conflit.

382. Définition. Selon le professeur Schmidt : «Le conflit d'intérêts apparaît lorsqu'une personne, [associé] ou dirigeant, se trouve en situation de choisir entre la satisfaction de l'intérêt commun des [associés] et celle de son intérêt personnel opposé»¹⁴⁴⁴. Or le vote de l'agrément illustre cette éventualité, tant vis-à-vis d'un associé que d'un dirigeant (également associé), puisqu'ils ont un intérêt personnel à ce que la cession soit autorisée par la société : avant toute autre chose, celui de céder leurs droits. Le supposé conflit peut ainsi s'exprimer de différentes façons : à l'égard de l'associé cédant vis-à-vis de son cessionnaire, à l'égard de ce dernier vis-à-vis de lui-même, s'il est déjà associé et, également, s'il est un dirigeant disposant du pouvoir d'agréer. Dans de telles conditions, et notamment s'ils sont majoritaires, le dispositif légal de l'agrément est *a priori* privé de toute efficacité : aucun obstacle ne s'oppose à son obtention, sauf à prouver la contrariété entre leur intérêt personnel et l'intérêt commun.

Une hypothèse courante est celle de savoir si la cession de contrôle de la société à un concurrent est constitutive d'un tel conflit¹⁴⁴⁵. L'avantage personnel retiré par le ou les associés de la cession de leurs droits à la concurrence ne contrarie-t-il pas l'intérêt social ? Rapporter la preuve de cette contrariété est toutefois difficile, car l'exercice du droit de vote implique, par nature, un antagonisme entre l'intérêt collectif et l'intérêt particulier de chacun. En outre, celle-ci est d'autant moins facilement admise qu'elle porte atteinte à un droit fondamental de l'associé (le droit de vote), voire à un second : celui de quitter la société¹⁴⁴⁶. La jurisprudence est-elle aussi sévère que ne le laissent supposer ces observations ? La loi comporte-t-elle des textes visant ces hypothèses ?

¹⁴⁴⁴ SCHMIDT (D.), *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme, version nouvelle*, Joly éd., 2004, p. 28, n° 18.

¹⁴⁴⁵ SCHMIDT (D.), *op. cit.*, p. 66, n° 54 : « Cet intérêt personnel extérieur à la société peut se présenter sous deux aspects : soit il procède de liens de capital, l'intéressé possédant une participation dans une autre société, soit il résulte de liens commerciaux ou financiers, l'intéressé étant directement ou indirectement cocontractant de la société ».

Comp. la situation où le contrôle d'un associé – personne morale est cédé, v. *supra* n° 199.

¹⁴⁴⁶ À l'exception des associés en nom et des commandités qui sont privés de ce droit en vertu du droit positif (v. *supra* n° 467).

β. Le traitement du conflit.

La jurisprudence comme la loi apporte une réponse à ce conflit particulier. La réponse légale n'est toutefois que ponctuelle. Doit-elle pour autant être généralisée ? Rien n'est moins sûr.

383. Le traitement jurisprudentiel du conflit. La Haute juridiction a eu l'occasion de traiter cette question lors du vote, par l'associé cédant, de l'agrément de son cessionnaire. Il conviendra de s'interroger sur sa transposition, au vote par l'associé cessionnaire, de son propre agrément.

383-1. Le conflit avec l'associé cédant. S'agissant de la première hypothèse, l'espèce présentée était la suivante : un groupe d'actionnaires, membres du conseil d'administration, avait voté l'agrément du cessionnaire de leurs actions, lequel se trouvait être une société concurrente. Insatisfaits de se retrouver en proie à une nouvelle majorité, les actionnaires minoritaires formèrent une action en nullité sur le fondement de l'abus du vote de ces majoritaires, laquelle fut rejetée jusque devant la Cour de cassation. Par une formulation générale, l'attendu de principe répondant à leur grief énonce que : « [...] l'intérêt personnel que les administrateurs avaient à la décision qui devait être prise n'impliquait pour eux sur ce point aucune incapacité de voter, résultant d'une quelconque incompatibilité, puisqu'il s'agissait, non pas d'un intérêt personnel susceptible de s'opposer à l'intérêt social, mais seulement, pour les administrateurs, de l'exercice de leurs droits d'actionnaires, comprenant celui de céder leurs actions, qui, lié à la propriété du titre, restait étranger, sauf abus ou irrégularité, à la bonne administration ou à l'aliénation de l'actif social »¹⁴⁴⁷.

La doctrine dictée de la sorte est parfaitement équilibrée car elle procède, non seulement à une analyse de la contrariété de l'opération en cause avec les intérêts en présence, mais aussi, à un contrôle de l'exercice fait du droit de vote pour réaliser cette opération.

- Dans cet arrêt, la Cour de cassation examine ainsi, en premier lieu, la consistance de l'intérêt personnel des administrateurs et sa supposée contrariété à l'intérêt social. Elle constate que cet intérêt personnel réside dans la cession de leurs titres. Or il s'agit là d'un attribut « lié à la propriété », lequel n'est pas contraire « à la bonne administration ou à l'aliénation de l'actif social ». Dès lors, il n'existe pas de contrariété entre ce droit de l'actionnaire et l'intérêt social. Le raisonnement poussé à son paroxysme laisse supposer que, si tout l'actif de la société était aliéné, cette cession

¹⁴⁴⁷ Cass. com., 24 février 1975, Consorts Peyrelongue c/ Castillon du Peron, *Bull. civ.* 1975, IV, p. 46 ; *RJ com.* 1976, p. 167, note (A.) Du CHEYRON du PAVILLON ; *RTD com.* 1975, p. 535 et p. 537, note (R.) HOUIN ; *Rev. sociétés* 1976, p. 92, note (B.) OPPETIT. Pour une opinion favorable : *Dossier « Clauses d'agrément dans les sociétés anonymes »*, par MERCADAL (B.) et JANIN (Ph.), Francis Lefebvre, 2010, n° 25. Sur le pourvoi de : CA Bordeaux, 3 juillet 1973, *Bull. Joly Sociétés* 1973, p. 412, § 189.

Comp. Cass. com., 18 avril 1961, *JCP G* 1961, II, 12164, note D.B., cet arrêt posant le principe de la théorie de l'abus du droit de vote.

Adde MAGNIER (V.), *Droit des sociétés*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2017, p. 106, n° 106 et s.

ne contrarierait pas pour autant l'intérêt de la société. Il s'agit là de l'exercice d'une faculté, certes extrême, que les attributs sociétaires offrent néanmoins à l'associé.

- L'illicéité de l'intérêt personnel n'étant pas démontrée, elle examine, en second lieu, la licéité de l'exercice du droit de vote par les majoritaires. Trois critères se dégagent de son examen.

- Le premier consiste à savoir s'il existait une incompatibilité empêchant l'exercice de leur droit de vote. La Haute juridiction ne précise pas de quelles incompatibilités il est question, mais il est possible de supposer qu'il s'agit de savoir s'il existe des interdictions, légales ou conventionnelles, autorisant la censure de leur vote.

S'agissant de cette dernière source d'incompatibilité, celle-ci peut résider dans une contrariété du vote de l'opération avec l'intérêt social. Or, *a priori*, l'entrée d'un concurrent dans le capital social lui porte manifestement atteinte. Toutefois, cette remarque n'est qu'un préjugé exprimé par un tiers ne connaissant pas la vie de l'entreprise en question, ni les intentions de son acquéreur. Ce parti pris semble celui adopté par l'arrêt susvisé. La définition de l'intérêt social n'est pas tant celle que peut s'en faire les magistrats, ou la doctrine, que celle adoptée par les associés. Il n'appartient pas aux juridictions de porter un avis sur le projet entrepreneurial des associés. La cession à un concurrent peut certes être un projet douloureux, mais il peut aussi être salvateur pour la survie de l'entreprise. D'ailleurs, la Cour de cassation adopte une conception objective de l'intérêt social lorsqu'elle mentionne que l'opération en cause n'affecte pas « la bonne administration » ou « l'aliénation de l'actif social », sous-entendu, la capacité de la société à produire des bénéfices ou des économies n'est pas remise en cause par cette cession¹⁴⁴⁸.

Quant aux minoritaires, ils peuvent certes en subir un préjudice. Mais ne leur appartient-il pas, dans le cadre sociétaire, d'exercer leurs pouvoirs afin de sauvegarder leurs intérêts au sein de la collectivité qu'ils forment avec les majoritaires ? Il est ainsi possible d'imaginer qu'ils négocient un droit de pression consistant à sceller leur sort à celui des majoritaires, par la stipulation d'un droit de retrait¹⁴⁴⁹. Peut-être, même, serait-il souhaitable d'insérer une clause statutaire interdisant d'agréer toute cession au profit d'un concurrent. Dès lors, des sanctions seraient envisageables tant à l'égard des associés, que du point de vue de la

¹⁴⁴⁸ V. également en ce sens : PORRACHIA (D.), MARTIN (D.), « Regard sur l'intérêt social », *Rev. sociétés* 2012, p. 475, *spéc.* n° 9 : « [...] l'intérêt de la société qui traduit bien l'intérêt collectif « abstrait » des associés ou actionnaires consiste en la recherche de la prospérité de l'entreprise pendant la durée de la société, prospérité dont découle celle du patrimoine social ».

¹⁴⁴⁹ V. sur la question du droit de retrait des minoritaires : SCHMIDT (D.), *Les droits de la minorité dans la société anonymes*, préf. J.-M. Bischoff, Sirey, 1969, p. 193, n° 255.

Comp. en droit boursier : Régl. Gén. AMF, art. 237-14.

cession réalisée, et pour laquelle la preuve de la faute serait de la sorte plus aisée à rapporter que celle d'un abus de majorité.

- Le second critère envisagé est celui de l'irrégularité du vote, laquelle peut-être une arme efficace à défaut de pouvoir démontrer les allégations au fond.

- Le troisième, enfin, est le critère de l'abus de majorité. Or, en l'espèce, l'intérêt personnel était licite. La preuve par les minoritaires d'un avantage, par exemple, dans la société concurrente aurait dû être rapportée. Le seul fait que le cessionnaire soit un concurrent étant en soit, insuffisant, pour qualifier à la fois la contrariété à l'intérêt social et l'avantage personnel retiré par les majoritaires. La solution décrite est, semble-t-il, tout à fait transposable à l'associé cessionnaire qui voterait son propre agrément.

383-2. Le conflit avec l'associé cessionnaire. En dépit du conflit d'intérêts apparent que présente cette situation, seuls les fondements précédemment énoncés peuvent remettre en cause son vote : une incompatibilité légale ou conventionnelle entre sa qualité et l'exercice du vote, une irrégularité de celui-ci ou la démonstration d'un abus.

Il semble donc que, pour la jurisprudence, la meilleure réponse à apporter à ces conflits soit leur anticipation contractuelle. *Quid* de leur traitement légal ?

384. Le traitement légal du conflit. La loi recèle deux hypothèses ponctuelles de conflit d'intérêts en matière d'agrément. Elle les traite par la censure du vote de l'associé, dont l'exercice risque d'être influencé par son intérêt personnel. Ainsi l'article 1832-2 du Code civil dispose-t-il à son alinéa 3 que : « [...] ; lors de la délibération sur l'agrément, l'époux associé ne participe pas au vote et ses parts ne sont pas prises en compte pour le calcul du quorum et de la majorité ».

Cette exclusion est compréhensible au regard de l'embarras manifeste de l'associé : soit il vote l'agrément de son conjoint avec le risque de ne plus s'entendre avec ses associés ; soit il vote contre son conjoint, avec l'éventualité de susciter une crise conjugale¹⁴⁵⁰. Mais au regard de la définition du conflit d'intérêts¹⁴⁵¹, il est difficile de savoir si la présence de son conjoint dans la société lui procure un avantage personnel ou, au contraire, lui est plutôt nuisible¹⁴⁵². Plus que d'un conflit, la loi s'est ici saisie d'une incompatibilité morale. Son traitement apparaît dès lors légitime faute pour l'associé de pouvoir choisir entre ses associés ou son conjoint.

¹⁴⁵⁰ *Comp.* l'opinion exprimée Madame le Professeur Rabreau : « Pourquoi une telle exclusion ? En quoi, facilite-t-elle la coopération familiale si l'époux ne peut dire mot sur l'entrée de son conjoint ? La mesure dérange et n'est guère conciliable avec celle qui, tout du moins dans les SARL, dit qu'en cas de cession de parts au conjoint d'un associé, l'agrément ne joue pas » (- , « Plaidoyer pour la suppression de l'article 1832-2 du Code civil », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Germain*, LexisNexis, L.G.D.J., 2015, p. 697).

¹⁴⁵¹ V. *supra* n° 382.

¹⁴⁵² *Quid* du supposé *affectio societatis* du conjoint dont la revendication de la qualité d'associé est motivée par des considérations pécuniaires ?

Une autre hypothèse figure à l'article L. 229-11, alinéa 2, du Code de commerce relatif à la société européenne indiquant que : « Toute cession réalisée en violation de ces clauses statutaires est nulle. Cette nullité est opposable au cessionnaire ou à ses ayants droit. Elle peut être régularisée par une décision prise à l'unanimité des actionnaires non parties au contrat ou à l'opération visant à transférer les actions ».

Nonobstant la question de savoir si la nullité est apte à sanctionner la cession réalisée sans respecter la clause d'agrément¹⁴⁵³, cette censure du droit de vote interpelle. Quel conflit vise-t-elle à neutraliser ? Pourquoi le vote de l'actionnaire cédant, voire celui de son cessionnaire s'il l'est également, contrarie l'intérêt social ? La situation visée de la sorte est sans doute celle d'une cession réalisée en fraude et qui, par cette censure, serait indirectement sanctionnée. Le cas échéant, s'il n'est question que de régulariser l'omission d'une formalité telle que la notification, la privation d'un droit fondamental de l'associé punie sévèrement cette négligence. À ces questions théoriques, s'ajoutent des questions pratiques posées à l'occasion du vote de l'agrément des ayants droit de l'associé.

B. Des règles spéciales consécutives au décès d'un associé.

385. Plan. La survenance du décès d'un associé bouleverse le fonctionnement de l'assemblée, quant à la détermination de l'objet du vote de l'agrément (1), mais également, quant à ses modalités (2).

1. L'indétermination de l'objet du vote de l'agrément en présence de plusieurs héritiers indivisaires.

386. Lorsque les droits sociaux sont en indivision entre plusieurs héritiers, leur agrément doit-il être individuel ou global ? Un arrêt de la Cour d'appel de Besançon a tranché cette délicate question en indiquant que l'agrément devait être accordé individuellement à chaque héritier¹⁴⁵⁴.

Le litige ayant donné lieu à cette affaire est assez courant. Un homme avait constitué avec sa seconde épouse une société civile immobilière, et dont chacun détenait 50% du capital. À son décès, il laissait pour lui succéder quatre enfants issus de ses deux unions. Cependant, les enfants issus de la première union ne pouvaient se prévaloir de la qualité d'associé tant que la clause

¹⁴⁵³ V. *infra* n° 562 et s.

¹⁴⁵⁴ CA Besançon, 2^{ème} ch. civ., 29 avril 2009, *Iche c/ Iche*, *Dr. sociétés* 2009, comm. 155, (R.) MORTIER.

d'agrément contenue dans les statuts de la société n'avait pas été mise en œuvre. Le nœud du conflit se forma à propos de son application. Face au pouvoir absolu de leur belle-mère dans la société, et afin de contrer un refus d'agrément certain, les enfants du premier lit sollicitèrent, en référé, la désignation d'un administrateur provisoire ayant notamment pour mission de gérer la SCI, et plus spécialement, de tenir compte de l'intérêt des quatre enfants du défunt. Par ailleurs, ils demandèrent également la désignation d'un mandataire chargé de les représenter et de solliciter l'agrément. À raison, ces demandes furent rejetées par la Cour d'appel de Besançon.

S'agissant de la première demande de représentation, il est possible de se demander, à l'instar du professeur Mortier : « Comment admettre [...] qu'un tiers puisse être admis à représenter, au sein de la société, des personnes en exerçant pour leur compte des droits d'associés (en l'espèce le droit de vote en assemblée), alors que ces dernières ne sont pas encore associées, voire ne le seront jamais, faute pour elles d'avoir été agréées ? »¹⁴⁵⁵. Une décision contraire aurait effectivement été absurde¹⁴⁵⁶.

Concernant la seconde demande de représentation, son rejet est conforme à la position de la Cour de cassation selon laquelle l'indivision n'est pas associée ; cette qualité étant attribuée individuellement à chaque indivisaire¹⁴⁵⁷. En effet, son attribution implique d'être partie à un contrat¹⁴⁵⁸. Or pour cela, il faut être capable juridiquement, mais surtout, être titulaire de la personnalité juridique ; ce dont ne bénéficie pas, à l'évidence, l'indivision. Logiquement, il incombe donc à chaque indivisaire de solliciter l'agrément.

Enfin, si la solution adoptée par cet arrêt peut paraître sévère pour les enfants du premier lit, la loi leur donne néanmoins droit à la valeur des parts en cas de refus d'agrément¹⁴⁵⁹. Une alternative à cette conséquence du décès aurait sans doute été de l'anticiper, en donnant la nue-propriété des parts sociales du père aux enfants de son vivant et, en les agréant à ce moment, tant que celui-ci disposait de son droit de voter.

Par conséquent, en droit positif, seule une anticipation contractuelle permet de contrer le

¹⁴⁵⁵ MORTIER (R.), note sous CA Besançon, 2^{ème} ch. civ., 29 avril 2009, *Iche c/ Iche*, *Dr. sociétés* 2009, comm. 155.

¹⁴⁵⁶ V. pour une confirmation récente : Cass. 3^{ème} civ., 8 juillet 2015, n° 13-27.248, FS-P, *Société du Musée c/ Henry*, *Dr. sociétés* 2015, n° 11, comm. 189, note (R.) MORTIER. « Mais attendu qu'il résulte de l'article 1844 du Code civil que seuls les associés ont le droit de participer aux décisions collectives de la société ; qu'ayant relevé que les héritiers de Charles Kempf, qui n'avaient pas obtenu d'agrément dans les conditions prévues par les statuts, ne pouvaient se prévaloir d'un agrément tacite et n'étaient pas associés de la SCI, avaient cependant pris part à l'assemblée générale et à l'élection des gérants, la cour d'appel, qui, sans être tenue de procéder à des recherches ou de répondre à des conclusions que ses constatations rendaient inopérantes, en a exactement déduit que l'assemblée générale qui s'était tenue irrégulièrement devait être déclarée nulle [...] ».

¹⁴⁵⁷ Cass. 1^{ère} civ., 6 février 1980, n° 78-12-513, *Rev. sociétés* 1980, p. 521, note (A.) VIANDIER. « Mais attendu que, si contrairement à ce qu'a retenu l'arrêt attaqué, les héritiers d'un associé décédé ont, lorsqu'il a été stipulé que la société continuerait avec eux, il n'en résulte pas pour autant que tant que dure l'indivision entre ces héritiers, chacun d'eux puisse exercer librement les droits attachés à cette qualité ; que cet exercice demeure limité en vertu des règles propres au régime des indivisions ».

Pour les références à ce débat ayant longtemps divisé la doctrine, v. MORTIER (R.), *art. préc.*

¹⁴⁵⁸ Pour plus de détails sur l'existence du contrat de société, v. *infra* n° 161.

¹⁴⁵⁹ C. civ., art. 1870-1, al. 1^{er}.

déséquilibre créé par le décès d'un associé, spécialement au regard des modalités de vote de l'agrément.

2. Les modalités du vote de l'agrément en cas de décès d'un associé.

387. Plan. Ces modalités sont rarement précisées par la loi. À défaut, les règles en présence d'une cession à un tiers étranger sont applicables¹⁴⁶⁰. Une analyse de celles existantes s'impose néanmoins (a), avant d'évoquer un problème suscité par leur application : celui de l'impossibilité de respecter la règle initiale de majorité, en raison du bouleversement de son calcul par la disparition d'un associé (b).

a. Des règles de vote peu déterminées.

Faut-il transposer les règles de vote posées pour l'agrément d'un transfert entre vifs ? Les dispositions relatives à la SARL semblent l'affirmer. Toutefois, en l'absence d'interdiction légale, rien n'empêche d'appliquer la majorité requise pour modifier les statuts comme l'atteste la rédaction de l'article L. 221-15 du Code de commerce ayant trait à la SNC¹⁴⁶¹.

388. Une seule précision légale pour la SARL. Aucun texte du droit des sociétés ne précise de règle particulière pour voter l'agrément d'un héritier, à l'exception de l'article L. 223-13, alinéa 2 du Code de commerce pour la SARL. Ce dernier renvoie aux modalités de vote en cas de cession, dans la limite de la majorité indiquée à l'article L. 223-14 du même Code, c'est-à-dire, la majorité des associés représentant la moitié des parts sociales, sans qu'une autre majorité ne puisse être stipulée à peine de nullité de la clause¹⁴⁶². Au contraire, de façon surprenante, une telle possibilité existe à l'égard de la société en nom collectif.

389. Une question récurrente à propos de la SNC. Si l'article L. 221-15, alinéa 4 du Code de commerce mentionne, *in fine*, la possibilité de soumettre l'héritier d'un associé décédé à un agrément statutaire¹⁴⁶³, il ne précise nullement à quelle majorité celui-ci doit être voté, contrairement à son homologue en cas de cession¹⁴⁶⁴. Il semble qu'à défaut de précision légale, les

¹⁴⁶⁰ V. *supra* n° 91 et s.

¹⁴⁶¹ *Comp.* en présence d'une cession entre vifs : *supra* n° 363 et s.

¹⁴⁶² Pour une critique, v. *supra* n° 368-2. Pour une application, v. CA Pau, 2^{ème} ch., sect. 1, 21 février 2012, n° 10/01495.

¹⁴⁶³ L'article L. 221-15, alinéa 4 du Code de commerce dispose que : « Lorsque la société continue avec les héritiers survivants, l'héritier est seulement créancier de la société et n'a droit qu'à la valeur des droits sociaux de son auteur. L'héritier a pareillement droit à cette valeur s'il a été stipulé que, pour devenir associé, il devrait être agréé par la société et si cet agrément lui a été refusé » (nous le soulignons).

¹⁴⁶⁴ C. com., art. L. 221-13.

règles relatives à la modification des statuts soient applicables, c'est-à-dire, à l'unanimité, sauf stipulation contraire¹⁴⁶⁵.

Une nouvelle fois, cette constatation souligne l'incapacité du législateur de 1966 à suivre précisément la ligne directrice qu'il s'était assignée : celle de prévoir le plus grand nombre de situations dans la loi¹⁴⁶⁶. Comment expliquer, le cas échéant, cette discordance entre les règles de vote entre un cessionnaire et un héritier, ce dernier étant potentiellement aussi étranger à l'*intuitu personae* de la société que le premier ? L'intention du législateur n'était probablement pas de soustraire l'agrément des héritiers à l'unanimité, même si le fait de les désigner préalablement, dans une clause de continuation, peut justifier une plus grande souplesse à leur égard. Dès lors, si la jurisprudence était amenée à résoudre cette problématique, elle devrait trancher entre la *ratio legis* du texte, ou son interprétation littérale. Ce type de choix est récurrent en la matière¹⁴⁶⁷. Il s'est également posé pour résoudre les problèmes d'application engendrés par la disparition d'un associé, mais à l'égard du texte d'une clause d'agrément.

b. Un problème d'application récurrent.

390. À la suite du décès d'un associé, l'impossibilité de respecter la règle initiale de majorité emporte-t-elle la caducité de la clause d'agrément ? Un arrêt rendu le 5 février 1991, par la Chambre commerciale de la Cour de cassation, a répondu négativement à cette importante question¹⁴⁶⁸.

Les faits de l'espèce concernaient une SARL dont les deux associés étaient égaux. Une clause des statuts prévoyait qu'au décès de l'un d'eux, ses héritiers seraient soumis à l'agrément de l'associé survivant. Une seconde clause précisait que l'agrément devait être donné par une décision de la majorité des associés, représentant les trois quarts du capital social. Or, les héritiers de l'associé décédé se prévalurent de l'inapplicabilité de la clause d'agrément, faute de pouvoir respecter les modalités de vote stipulées dans la seconde clause. Par conséquent, en application du droit commun de la SARL, ils avaient, à leur sens, recueilli de plein droit la qualité d'associé¹⁴⁶⁹. Tout comme la décision des juges du fond l'ayant précédée, l'arrêt commenté se

¹⁴⁶⁵ C. com., art. L. 221-6. *Contra* CHARVÉRIAT (A.), COURET (A.), ZABALA (B.), avec le concours de MERCADAL (B.), *Mémento pratique, Sociétés commerciales*, éd. Francis Lefebvre, 2012, p. 355, n° 24430. Selon ces auteurs, la règle de l'unanimité doit être appliquée par analogie avec les cessions.

¹⁴⁶⁶ *JO Sénat* CR, 27 avril 1966, p. 348 ; *JO AN* CR 27 avril 1966. V. également à ce propos, *supra* n° 204-1.

¹⁴⁶⁷ V. à propos de l'interprétation du mot « cession » : *supra* n° 210, *contra* n° 221 et n° 222.

¹⁴⁶⁸ Cass. com., 5 février 1991, SARL carrières de Hèches, société Salière de la Neste c/ Jacomet, *D.* 1992, jurispr. p. 3, note (J.) DERRUPPÉ ; *Rev. sociétés* 1991, p. 529, note (B.) SAINTOURENS ; *Deffrénois* 1991, p. 892, obs. (P.) LE CANNU.

¹⁴⁶⁹ La loi n'impose pas d'agrément s'agissant de ces transmissions (v. *supra* n° 112 et s.).

fonde sur l'interprétation des clauses litigieuses. Toutefois, son raisonnement ne parvient pas à une solution identique que celui tenu par la Cour d'appel de Pau¹⁴⁷⁰.

Selon cette juridiction, la clause d'agrément devait être écartée, car l'associé ne pouvait réunir la majorité exigée par les statuts. Dès lors, le principe légal posé à l'[ancien] article 44 de la loi du 24 juillet 1966, selon lequel, les parts sont librement transmissibles à la suite du décès d'un associé, retrouvait son empire.

Néanmoins, par l'exercice de son pouvoir de contrôle, la Cour de cassation censura cette motivation au visa de l'article 1134 (ancien) du Code civil. En effet, selon elle, les juges du fond avaient méconnu la force obligatoire du contrat, en dénaturant une clause contractuelle claire et précise.

Les enseignements à retenir de cet arrêt sont que la clause d'agrément conserve son efficacité, nonobstant l'impossibilité d'en respecter les modalités initiales. Concrètement, la majorité nécessite d'être recalculée sur la totalité des parts sociales, déduction faite des parts détenues par les personnes dont l'agrément est requis¹⁴⁷¹. Cette solution est ainsi conforme à la jurisprudence selon laquelle, lorsqu'il existe une contradiction entre deux clauses d'un contrat, prévaut « [...] celle des clauses dont l'exécution répond à l'essentiel de la volonté des parties »¹⁴⁷².

Une question reste toutefois en suspens : la volonté initiale des cocontractants est-elle encore respectée lorsque le pouvoir de décision se retrouve exclusivement entre les mains d'un associé survivant, ne détenant initialement qu'une infime partie du capital social¹⁴⁷³ ? Une réponse positive semble pouvoir être affirmée car le décès de l'associé majoritaire renverse le pouvoir au profit du minoritaire, lequel pourra, unilatéralement, refuser l'agrément des héritiers du *de cuius*. Au regard de la jurisprudence actuelle, rien ne s'y oppose.

Afin de contrer cette conséquence, mieux anticiper la succession est, là encore, nécessaire¹⁴⁷⁴, en donnant, par exemple, aux héritiers la nue-propriété des droits sociaux du vivant de leur auteur, avec son agrément ; à moins que les conséquences du refus d'agrément ne soient

¹⁴⁷⁰ CA Pau, 2^{ème} ch., 7 mars 1989, *JCP E* 1990, II, 15785, note (J.) RICHARD.

¹⁴⁷¹ En ce sens, v. RICHARD (J.), « L'application d'une clause d'agrément des héritiers de l'associé décédé d'une SARL », note sous CA Pau, 2^{ème} ch., 7 mars 1989, *JCP E* 1990, II, 15785, ajoutant : « Dans la même hypothèse d'un seul associé survivant égalitaire, on peut, par exemple, observer qu'il est momentanément devenu associé unique, situation qui justifierait l'application de l'article 60-1 de la loi de 1966 dont il résulte que cet associé prend ses décisions "au lieu et place de l'assemblée" ».

Comp. CA Bordeaux, 1^{ère} ch. civ., 12 mars 2009, Salles c/ Salles, *JurisData* n° 2009-004575, *Dr. sociétés* 2009, comm. 201, note critique (R.) MORTIER. Cet arrêt pose le principe selon lequel, en présence d'une société familiale, l'expression contenue dans une clause d'agrément « des associés représentant les trois quarts au moins du capital social » doit s'entendre d'un minimum de deux associés même si l'un d'entre eux détient, à lui seul, les trois quarts du capital social. Il semble qu'un tel raisonnement doive être écarté si, à la suite du décès d'un associé, la société devient unipersonnelle.

¹⁴⁷² Cass. req., 6 février 1945, *RTD civ.* 1945, p. 188, obs. BOITARD.

¹⁴⁷³ En ce sens : SAINTTOURENS (B.), « L'interprétation d'une clause statutaire d'agrément des héritiers de l'associé décédé d'une SARL », note sous Cass. com., 5 février 1991, SARL carrières de Hèches, société Salière de la NESTE c/ Jacomet, *Rev. sociétés* 1991, p. 529.

¹⁴⁷⁴ Comme précédemment, v. *supra* n° 386.

souhaitées. Dans ce cas, la loi leur accorde le droit d'être indemnisés de la valeur des droits sociaux mais, encore faut-il que la société notifie son refus dans le délai imposé par la loi.

III. Le délai pour statuer sur une demande d'agrément.

391. Plan. Les délais sont essentiels en la matière. Ils structurent la procédure d'agrément et marquent son impérativité. C'est pourquoi, leurs fonctions nécessitent d'être précisées (A), ainsi que leur durée, dans chaque forme sociétaire (B), car ils ne sont pas toujours identiques. En revanche, nulle part la loi ne précise le sort des droits sociaux, pendant la période comprise entre la date du décès et celle de l'agrément ou de son refus (C).

A. Les fonctions du délai.

392. Des fonctions protectrices et sanctionnatrices. Le délai pour statuer sur l'agrément a trois fonctions : deux protectrices et une sanctionnatrice. Les fonctions protectrices expriment le souci du législateur de concilier les différents intérêts en présence.

- En effet, il protège la société, d'une part, en ce qu'il permet aux associés, ou au titulaire du pouvoir d'agréer, de rechercher l'avis et les conseils de professionnels afin de prendre une position éclairée.

- Et, d'autre part, en réputant l'agrément donné à l'issue de son écoulement, il protège le cédant du risque d'être lié indéfiniment à la société. Il s'agit là d'une exception au principe du droit français selon lequel le silence ne vaut consentement¹⁴⁷⁵. Auparavant, son application aboutissait à considérer le silence gardé par la société comme un refus d'agrément.

Dès lors, l'agrément tacite ne protège pas seulement le cédant, mais il sanctionne également la société qui n'aurait pas été suffisamment diligente, ou qui se confinerait dans le silence pour empêcher la cession¹⁴⁷⁶. L'ensemble de ces fonctions doit ainsi être pleinement approuvé pour l'équilibre qu'elles instaurent entre les intérêts des différents protagonistes de la procédure d'agrément¹⁴⁷⁷. En est-il de même de la durée du délai pour délibérer sur la demande d'agrément ? Actuellement, cette durée varie en fonction de chaque type sociétaire.

¹⁴⁷⁵ JOAN CR 3 juin 1965, p. 1791 ; HAMIAUT (M.), *La réforme des sociétés commerciales*, vol. 1, Dalloz, 1966, p. 61.

¹⁴⁷⁶ Pour plus de précisions relatives à cette sanction, v. *infra* n° 590 et s.

¹⁴⁷⁷ Pour la proposition de simplification, v. *infra* n° 442.

B. Des délais variables.

Seront uniquement présentées les structures de droit commun pour lesquelles un tel délai est précisé, tout en sachant qu'un délai particulier peut exister à l'égard des sociétés réglementées¹⁴⁷⁸. À l'occasion de cette analyse, il conviendra de s'interroger sur la légitimité de leur diversité, et si l'un d'eux est plus rationnel qu'un autre.

393. En présence d'une société civile. En principe, le délai pour statuer sur une demande d'agrément est de six mois à compter de la notification du projet de cession¹⁴⁷⁹. Ce délai inclut un éventuel refus d'agrément. Les statuts peuvent déroger à ce principe, sans toutefois prévoir un délai qui puisse excéder un an, ni être inférieur à un mois¹⁴⁸⁰ ; ce dernier s'entendant, au sens de la Cour d'appel de Paris, de trente et un jours¹⁴⁸¹. Cette précision fut l'occasion, pour certains commentateurs, de dénoncer l'irrationalité du système énoncé par l'article 1864 du Code civil, par opposition à celui formulé pour la SARL et les sociétés par actions. En effet, ces derniers ne laissent pas prise à leur manipulation par les associés, protégeant ainsi davantage les intérêts en présence¹⁴⁸².

394. En présence d'une société à responsabilité limitée. La société dispose de trois mois à compter de la notification du projet de cession pour se prononcer¹⁴⁸³. Ce principe ne saurait subir aucune exception sans autorisation légale. Ainsi, en cas de cession ou de transmission au conjoint, à un héritier, un ascendant ou un descendant, « [...] les délais accordés à la société pour statuer sur l'agrément ne peuvent être plus longs que ceux prévus à l'article L. 223-14 »¹⁴⁸⁴.

Plus généralement, ces derniers ne peuvent être prolongés qu'après un refus d'agrément, par une décision de justice, mais sans pouvoir excéder six mois¹⁴⁸⁵. En revanche, en cas de cession

¹⁴⁷⁸ V. par exemple pour les SCP, L. n° 66-279 du 29 novembre 1966, art. 19, al. 2 : « La transmission ou le projet de cession est notifié à la société et à chacun des associés. Si la société n'a pas fait connaître sa décision **dans le délai de deux mois**, à compter de la dernière des notifications prévues au présent alinéa, le consentement est implicitement donné » (nous le soulignons).

¹⁴⁷⁹ C. civ., art. 1863, al. 1^{er}.

¹⁴⁸⁰ C. civ., art. 1864.

¹⁴⁸¹ La Cour d'appel de Paris a ainsi jugé qu'un délai statutaire de trente jours ne respectait pas le minimum légal : CA Paris, 2^{ème} ch. sect., 23 mars 1993, Mme Ryba et SA Ambroise Paré c/ SCI Parmentier, *RJDA* 1993, p. 700, *RTD com.* 1993, p. 514, note (Cl.) CHAMPAUD et (D.) DANET ; *RTD com.* 1994, p. 310, note (E.) ALFANDARI et (M.) JEANTIN qualifiant cette décision comme étant rigoureuse et « teintée de byzantinisme ». Toutefois, il semble que cet arrêt soit un arrêt d'espèce car la cédante et le cessionnaire avaient pris de court les autres associés pour lesquels cette entrée constituait un réel danger, et dont la proposition de rachat avait été faite seulement 34 jours après la notification.

¹⁴⁸² CHAMPAUD (Cl.) et DANET (D.), « Parts sociales. Cession à un tiers, agrément et préemption, délais légaux, article 1864 du Code civil, interprétation », note sous CA Paris, 2^{ème} ch. sect., 23 mars 1993, Mme Ryba et SA Ambroise Paré c/ SCI Parmentier, *RTD com.* 1993, p. 514.

¹⁴⁸³ C. com., art. L. 223-14, al. 2.

¹⁴⁸⁴ C. com., art. L. 223-13, al. 2.

¹⁴⁸⁵ V. *infra* n° 490 et s.

entre associés, les statuts peuvent abrégé ces délais¹⁴⁸⁶. La loi ne précise pas cette possibilité pour les sociétés par actions.

395. En présence d'une société par actions. L'article L. 228-24 alinéa 1^{er} du Code de commerce dispose que la société doit répondre à une demande d'agrément, dans un délai de trois mois à compter de la notification. L'analogie faite entre cette procédure et celle d'une SARL lors des débats parlementaires force à conclure que les statuts doivent être spécialement autorisés par la loi à modifier ces délais.

À défaut, une telle prolongation conventionnelle est jugée sans effet¹⁴⁸⁷. De plus, comme pour la SARL, cette possibilité n'est envisageable qu'après un refus d'agrément, sans toutefois que cette prorogation soit enfermée dans un délai¹⁴⁸⁸. Plus généralement, en l'absence de disposition spéciale, ces remarques valent pour toutes les sociétés par actions¹⁴⁸⁹.

396. Observations conclusives du B. Les délais pour statuer sur une demande d'agrément. La loi encadre la décision sociale par un délai dans trois types de société : la société civile, la SARL, et les sociétés par actions. Cependant, le système le plus rationnel est celui de la SARL car il est le plus simple : il ne crée pas de distinction selon les faits générateurs ou la qualité des demandeurs de l'agrément, à l'exception des associés. Sa durée est stable, précise, et confère en cela davantage de sécurité au cédant. En outre, il est proche de celui des sociétés par actions, réduisant de la sorte les disparités entre les sociétés. Il est par ailleurs logique, au regard de la législation actuelle, que la SNC ne soit pas concernée par ce délai ; le cédant ne disposant pas d'un droit de rachat auquel serait contrainte la société¹⁴⁹⁰. Il existe toutefois un problème commun à toutes les sociétés suscité par ce délai : celui du sort des droits sociaux pendant la période comprise entre la date du décès et l'issue de la procédure d'agrément.

¹⁴⁸⁶ C. com., art. L. 223-16, al. 2.

¹⁴⁸⁷ Cass. com., 8 avril 2008, n° 06-18.362, SA Lamy et autre c/ SA Séché environnement, *Bull. Joly Sociétés* 2008, p. 585, note (D.) PORACCHIA. Pour plus de précisions, v. *infra* n° 494-2.

¹⁴⁸⁸ C. com., art. L. 228-24, al. 3. V. *infra* n° 494-2.

¹⁴⁸⁹ À propos de ces renvois légaux, v. *supra* n° 129. V. également le délai de rétrocession des actions consécutif au rachat par la société (v. *infra* n° 494-3) : C. com., art. L. 227-18, al. 2 (SAS) ; C. com., art. L. 229-14, al. 2 (société européenne).

¹⁴⁹⁰ Pour les solutions proposées en droit prospectif, v. *infra* n° 520.

C. Le sort des droits sociaux pendant la période comprise entre la date du décès d'un associé et celle de l'agrément ou de son refus.

397. Une rare distinction légale du titre et de la finance¹⁴⁹¹. Lorsque la transmission des droits sociaux n'est pas soumise à un agrément, la qualité d'associé de l'héritier ne fait pas de doute puisqu'il succède à la personne de son auteur¹⁴⁹². En revanche, en présence d'un agrément, il ne peut être considéré comme tel avant l'issue de la procédure, et seulement si son dénouement est positif. S'il est négatif, la qualité d'associé est exclue, celle-ci étant subordonnée à l'agrément. Dès lors, avant l'issue de la procédure, l'héritier est seulement créancier de la valeur des droits sociaux. Cette qualité n'est toutefois pas mentionnée par tous les textes. Elle est seulement suggérée par ceux de la SNC et de la société civile en cas de refus d'agrément¹⁴⁹³. Une disposition similaire existe néanmoins depuis 2004 pour la SARL¹⁴⁹⁴.

Pourquoi une telle dispersion des textes ? Leur contenu est hérité de l'ancien article 1868, alinéa 3 du Code civil, auquel ils faisaient justement renvoi. Or, ce texte du droit commun des sociétés fut abrogé par la réforme des sociétés civiles en 1978¹⁴⁹⁵. Sa suppression est regrettable car la solution qu'il portait mériterait pourtant d'être généralisée. En pareille situation, celle-ci consacrait sous la forme d'un principe général, la distinction provisoire du titre et de la finance, jusqu'au dénouement de la procédure d'agrément. En effet, au jour du décès, et quelle que soit son issue, l'héritier reçoit de façon certaine la finance du titre¹⁴⁹⁶, mais pas la qualité d'associé dont l'octroi est subordonné à l'agrément de la société. Cela implique, notamment, que cet héritier ne puisse voter, sauf si la loi lui accorde expressément cette prérogative ou une autre¹⁴⁹⁷.

¹⁴⁹¹ V. également à propos de l'article 1832-2 du Code civil, *supra* n° 210 et s.

¹⁴⁹² Cass. com., 28 février 1972, *Rev. sociétés* 1973, p. 100, note (B.) BOULOC ; Cass. 1^{ère} civ., 6 février 1980, *Bull. civ.* 1980, I, n° 49 ; *Rev. sociétés* 1980, p. 521, note (A.) VIANDIER ; *RTD com.* 1980, p. 353, obs. (E.) ALFANDARI et (M.) JEANTIN ; *Rev. sociétés* 1981, p. 346, obs. J. G. ; *D.* 1981, IR, p. 36, obs. (J.-CL.) BOUSQUET. Selon cet arrêt « les héritiers d'un associé décédé ont, lorsqu'il a été stipulé que la société continuerait avec eux, la qualité d'associé ».

Rappr. Cass. crim., 4 novembre 2009, FS-D, n° 09-80.818, Milleman, *Rev. sociétés* 2010, p. 379, (L.) GODON : « Gilles Milleman a nécessairement, en sa qualité de co-indivisaire, celle d'associé recevable à agir au nom de la société ».

¹⁴⁹³ C. com., art. L. 221-16 (SNC) ; C. civ., art. 1870-1 (société civile).

¹⁴⁹⁴ Pour la SARL, C. com., art. L. 223-13, al. 3, v. *supra* n° 297.

¹⁴⁹⁵ Sa rédaction en 1804 était la suivante : « S'il a été stipulé qu'en cas de décès des associés, la société continuerait avec son héritier, ou seulement entre les associés survivants, ces dispositions seront suivies. Au second cas, l'héritier du décédé n'a droit qu'au partage de la société, eu égard à la situation de cette société lors du décès, et ne participe aux droits ultérieurs qu'autant qu'ils sont une suite nécessaire de ce qui s'est fait avant la mort de l'associé auquel il succède » (cité par TROPLONG (M.), *Du contrat de société civile et commerciale*, t. 2, éd. Charles Hingray, 1843, p. 423). Aujourd'hui, seul l'article 1843-4 du Code civil reprend la solution relative à la désignation d'un expert en cas de désaccord sur le prix de cession.

¹⁴⁹⁶ V. en ce sens, à propos des SCP, l'article 24 de la loi n° 66-879 du 29 novembre 1966 dispose : « [...] En cas de décès, les ayants droit de l'associé décédé n'acquièrent pas la qualité d'associé. [...] ».

¹⁴⁹⁷ À propos d'un GAEC : Cass. com., 14 décembre 2004, n° 01-10.893, *Bull. civ.* 2004, IV, n° 230, p. 260, *RTD com.* 2005, p. 126, obs. (M.-H.) MONSÉRIÉ-BON.

Cette solution trouve un fondement logique dans la nature même de l'agrément : il est une modalité du transfert des droits sociaux¹⁴⁹⁸. Plus précisément, il s'agit d'une condition suspensive, sans effet rétroactif depuis la réforme du droit des contrats¹⁴⁹⁹. Cet effet étant dorénavant supplétif de volonté, l'héritier agréé est dès lors réputé avoir la qualité d'associé depuis le jour de l'octroi de l'agrément, et non plus depuis le jour du décès¹⁵⁰⁰. En revanche, en cas de refus, la condition est réputée ne pas être accomplie. Ce qui n'était qu'une qualité potentielle, au jour du décès pour l'héritier agréé, n'a jamais existé pour l'héritier refusé. Cette solution est, en outre, conforme à celle appliquée en matière de contrats conclus *intuitu personae* dont l'intransmissibilité est le principe¹⁵⁰¹. Cependant, ce dernier ne s'applique pas à la dimension patrimoniale du contrat de société¹⁵⁰², laquelle se retrouve logiquement dans le patrimoine des ayants droit. Le cas échéant, la société s'enrichirait indûment à leur détriment : l'apport réalisé par l'associé perd sa raison d'être si celui-ci ne peut plus être titulaire de cette créance de remboursement envers la société. C'est pourquoi, seule la valeur des droits sociaux est concrètement transmise entre le jour du décès et l'issue de la procédure d'agrément. Il semble qu'il faille, par ailleurs, y inclure le droit aux dividendes, en raison de la suppression de l'effet rétroactif de la condition. Le cas échéant, l'héritier agréé en serait privé pendant la période entre la date du décès et celle de son agrément¹⁵⁰³. Jusque-là discuté en l'absence de dispositions légales, ce parti est de longue date adopté par la jurisprudence qui admet le droit aux dividendes des héritiers d'associés de SCP, et cela, jusqu'à leur remboursement de la valeur des parts sociales¹⁵⁰⁴.

Par conséquent, pendant la période comprise entre le décès et l'adoption de la décision sociale,

Comp. L. n° 66-879, 29 novembre 1966, art. 24, al. 4 : « Toutefois, et à moins qu'ils n'en soient déchus, [les héritiers] conservent vocation à la répartition des bénéfices, dans les conditions prévues par les statuts ».

¹⁴⁹⁸ V. *supra* n° 47.

¹⁴⁹⁹ Ord. n° 2016-131 du 10 février 2016. V. également à ce propos, *infra* n° 458.

¹⁵⁰⁰ Cet effet rétroactif pouvait se justifier en raison de la continuité qu'il forme avec la personne de l'associé décédé. Pour plus de précisions sur l'incidence de la suppression de l'effet rétroactif de la condition suspensive, v. *infra* n° 458.

¹⁵⁰¹ La jurisprudence est bien établie en la matière : Cass. com., 13 décembre 2005, *Bull. civ.* IV, n° 255, *D.* 2006, AJ, p. 149, obs. (A.) LIENHARD ; *RTD com.* 2006, p. 429, obs. (P.) LE CANNU ; - , 7 juin 2006, *Bull. civ.* IV, n° 140, *D.* 2006, AJ, p. 1685, obs. (A.) LIENHARD ; - , 3 juin 2008, (1^{ère} esp.), n° 06-18.007, *Bull. civ.* IV, n° 111 et (2^{ème} esp.), n° 06-13.761, *RTD civ.* 2008, p. 478, obs. (B.) FAGES, *JCP E* 2008, p. 2210, note (H.) HOVASSE ; - , 24 novembre 2009, n° 08-16.428, *Rev. sociétés* 2010, p. 562, note (L.) AMIEL-COSME ; *Bull. Joly Sociétés* 2010, p. 243, note (X.) VAMPARYS ; - , 19 mars 2013, n° 12-16.081, *D.* 2014, p. 893, obs. (D.) FERRIER ; - , 7 janvier 2014, n° 10-18.319. *Comp.* admettant la transmission du contrat de distribution dont l'*intuitu personae* n'est pas affirmé : Cass. com., 4 février 2014, n° 12-22.404, (F-D), Société safe & Web Compagnie c/ Société Besdi, *Rev. sociétés* 2014, p. 657, note (L.) AMIEL-COSME.

¹⁵⁰² À propos de l'opinion selon laquelle il conviendrait de mettre davantage en évidence les dimensions personnelles et patrimoniales qui cohabitent au sein du contrat de société, v. *supra* n° 161.

¹⁵⁰³ Jusqu'à ce que la société rende sa décision, les associés ont plus précisément les mêmes droits que si leur refus était acquis (v. *infra* n° 458).

¹⁵⁰⁴ Cass. 1^{ère} civ., 17 décembre 2009, n° 08-19.895, *JCP N* 2010, n° 6, p. 1069, note (H.) HOVASSE ; Cass. 1^{ère} civ., 16 septembre 2010, n° 09-68.720, *JCP N* 2010, n° 50, p. 1377, note (H.) HOVASSE ; Cass. 1^{ère} civ., 12 juillet 2012, n° 11-18.453, *D.* 2012, p. 2786 (M.-H.) MONSÉRIÉ-BON ; *RTD com.* 2012, p. 577, obs. (H.) HOVASSE ; *Dr. sociétés* 2012, comm. 180, obs. (A.) RABREAU ; Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} juin 2016, n° 13-28.851, *Dr. sociétés* 2016, comm. 163, note (B.) BRIGNON ; Cass. 1^{ère} civ., 25 janvier 2017, n° 15-28.980, n° 15-28.980, P.-B., *JCP N* 2017, n° 18, p. 1168, note (Ch.) LEBEL.

la qualité d'associé est soit éteinte, lorsqu'une clause de continuation exclut d'ores et déjà l'héritier, soit suspendue jusqu'à l'issue de la procédure d'agrément. Mais dans tous les cas, ce dernier n'accède pas, même provisoirement, à la qualité d'associé au jour du décès¹⁵⁰⁵, y compris lorsque la société était composée de seulement deux associés ; le survivant devenant l'unique associé. Dans cette situation, l'agrément requis ne devient pas pour autant caduc, et les héritiers encore moins associés *de facto*¹⁵⁰⁶. À l'instar des difficultés pour combiner le droit des successions et celui des sociétés, les caractéristiques de la décision sociale statuant sur une demande d'agrément suscitent également un important contentieux.

IV. Les caractères de la décision sociale refusant ou acceptant l'agrément.

398. Plan. Contrairement aux modalités requises pour adopter la décision sociale, ses caractéristiques dépendent peu de facteurs extérieurs, à l'exception du nantissement des droits sociaux et, dans une moindre mesure, de la succession d'un associé. Ces caractéristiques seront de la sorte qualifiées de générales (A) ou de spéciales (B). Si ces dernières sont déterminées par des textes, en revanche, les premières sont majoritairement révélées par la jurisprudence en raison du contentieux suscité par la mise en œuvre de la procédure d'agrément.

A. Les caractères généraux de la décision sociale.

399. Plan. L'obtention de l'agrément a des enjeux importants, lesquels peuvent mener les justiciables à engager des procédures contentieuses sur des fondements insoupçonnés. Ainsi la jurisprudence a-t-elle eu l'occasion d'affirmer que l'agrément (ou son refus) devait impérativement présenter certaines qualités, comme être pur et simple (1), global (2), et discrétionnaire (3), mais qu'il ne pouvait pas être donné en blanc (4).

1. Un agrément pur et simple.

400. Plan. L'agrément donné par la société peut-il être soumis à une condition suspensive ou résolutoire ? Rendu le 17 janvier 2012, par la Chambre commerciale de la Cour de cassation, un

¹⁵⁰⁵ V. en ce sens : Cass. com., 29 septembre 2009, n° 08-16.368, F-P+B, Mme Bertrand c/ GAEC Troisel, *JurisData* n° 2009 - 049687, *Rev. sociétés* 2010, p. 42, note (B.) SAINTOURENS ; *RTD com.* 2010, p. 161, note (M.-H.) MONSÉRIÉ-BON, *RTD com.* 2010, p. 143, obs. (Cl.) CHAMPAUD et (D.) DANET ; *Dr. sociétés* 2009, comm. 221, note (R.) MORTIER.

¹⁵⁰⁶ Pour les problèmes posés par le vote de l'agrément dans cette situation, v. *supra* n° 386 et s.

arrêt largement commenté a répondu négativement et pour la première fois à cette question¹⁵⁰⁷. Ses termes sont très clairs : « [...] si une clause d'agrément est stipulée, l'agrément d'un actionnaire doit être pur et simple de sorte que les conditions posées par l'organe social habilité à autoriser la cession sont réputées non écrites ». Cet arrêt énonce donc un principe (a) et sa sanction (b)¹⁵⁰⁸.

a. Le principe de l'agrément pur et simple.

Ce principe posé par la Cour de cassation doit être approuvé, mais sa portée nécessite néanmoins d'être précisée.

401. L'approbation du principe d'un agrément pur et simple. Pour deux motifs, il convient d'approuver l'énoncé du principe selon lequel : « [...] l'agrément d'un actionnaire doit être pur et simple [...] »¹⁵⁰⁹.

- D'une part, en raison de sa conformité à la notion d'agrément, laquelle s'exprime par sa finalité et sa nature¹⁵¹⁰. Comme le formule le professeur Fages, l'agrément a pour finalité « [...] d'octroyer à son bénéficiaire un droit de regard sur la personne qui, par suite d'une cession de position contractuelle ou capitalistique, pourrait être conduite à poursuivre la relation »¹⁵¹¹ ; les qualités d'une personne s'entendant de ses qualités personnelles, comme de ses qualités patrimoniales¹⁵¹². Et rien de plus. La stipulation de conditions extérieures à la personne du cessionnaire excède

¹⁵⁰⁷ Cass. com., 17 janvier 2012, Santraille c/ Robinson participations, n° 09-17.212, FS-P+B, D. 2012, p. 279, obs. (A.) LIENHARD ; D. 2012, p. 719, note (J.) MOURY ; D. 2012, p. 2688, note (J.-Cl.) HALLOUIN ; *Rev. sociétés* 2012, p. 370, note (P.) LE CANNU ; *RTD civ.* 2012, p. 312, obs. (B.) FAGES ; *RTD civ.* 2012, p. 334, obs. (P.-Y.) GAUTIER ; *RTD com.* 2012, p. 141, obs. (P.) LE CANNU et (B.) DONDERO ; *Dr. sociétés* 2012, n° 64, note (D.) GALLOIS-COCHET ; *Bull. Joly Sociétés* 2012, p. 310, note (B.) DONDERO ; *RLDA* 2012/69, n° 3899, note (L.) PARACHKEVOVA.

Comp. Cass. com., 13 juin 1995, n° 92-21.843, Serege c/ Bleuzen, *RTD civ.* 1997, p. 128, obs. (J.) MESTRE. Dans cette affaire, une SARL constituée entre deux associés avait pour objet l'exploitation d'une pharmacie. Or, lorsque l'un d'eux décida de céder ses parts et de s'installer dans une autre commune du département, l'associé restant profita de sa position pour imposer une « clause de non rétablissement », en tant que condition de son agrément. Cette condition avait pour effet d'empêcher le rétablissement du cédant. La Cour de cassation, sans qualifier cette clause en tant que condition de l'agrément, la considéra comme abusive.

¹⁵⁰⁸ Cette sanction sera exceptionnellement mentionnée à la suite du principe dans un souci de cohérence de la présente démonstration. Pour l'ensemble des sanctions de l'inobservation de la procédure d'agrément, v. *infra* n° 559.

¹⁵⁰⁹ Cass. com., 17 janvier 2012, Santraille c/ Robinson participations, n° 09-17.212, *préc.*

¹⁵¹⁰ *Contra* GALLOIS-COCHET (D.), « Illicéité de l'agrément conditionnel des cessions d'actions », note sous Cass. com., 17 janvier 2012, Santraille c/ Robinson participations, n° 09-17.212, FS-P+B, *Dr. sociétés* 2012, comm. 64 : « À notre avis, cette solution n'est pas justifiée par la notion d'agrément mais par son régime. [...] La solution s'explique par le régime impératif de l'agrément, comme le met en évidence le visa de l'article L. 228-24 du Code de commerce (si la notion d'agrément fondait l'interdiction, il eût suffi de viser l'article L. 228-23 du même Code, siège de l'existence des clauses d'agrément) ».

¹⁵¹¹ FAGES (B.), « Portée d'un agrément sous condition », note sous Cass. com., 17 janvier 2012, Santraille c/ Robinson participations, n° 09-17.212, FS-P+B, *RTD civ.* 2012, p. 312.

Pour plus de développements au regard de cette position contractuelle, v. *infra* n° 165 et s.

¹⁵¹² Dans ces qualités patrimoniales, sont ainsi inclus le nombre de titres détenus dans une société et le contrôle d'une société. V. *supra* n° 19-2.

cette finalité, si tant est que ces dernières soient d'ailleurs exprimées¹⁵¹³.

Tel était le cas en l'espèce puisque l'agrément était donné sous la condition de la substitution du cessionnaire au cédant dans des accords préexistants. Or, cette condition ne concerne pas la personnalité du cessionnaire¹⁵¹⁴, mais la teneur de l'engagement du cédant¹⁵¹⁵. En l'occurrence, sa substitution dans ces accords était donc une condition propre à la cession des actions, et non une condition d'appréciation de l'agrément¹⁵¹⁶. De plus, en tant qu'acte unilatéral de la société¹⁵¹⁷, l'agrément pourrait certes être assorti d'une condition, par exemple l'obtention d'un diplôme par le cessionnaire, mais celle-ci s'analyserait davantage comme un critère d'appréciation personnelle qu'une condition au sens juridique du terme¹⁵¹⁸.

- Et, d'autre part, l'exigence d'un agrément pur et simple doit être approuvée conformément à l'impérativité de ses règles procédurales. Déjà exprimé à propos de l'impossibilité de proroger conventionnellement le délai du rachat¹⁵¹⁹, cet arrêt confirme le caractère d'ordre public de la procédure d'agrément¹⁵²⁰, qui plus est, un ordre public de protection institué en vue de concilier les différents intérêts susceptibles de s'y opposer.

¹⁵¹³ *Rappr.* à propos du caractère discrétionnaire des critères de l'obtention ou du refus d'agrément, v. *infra* n° 405.

À propos du détournement de la finalité de l'agrément, v. également *infra* n° 586 et plus généralement : STOFFEL-MUNCK (Ph.), *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, préf. R. Bout, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, t. 337, 2000, p. 522, n° 715.

¹⁵¹⁴ Selon les termes de l'arrêt, l'agrément a été donné sous la « double condition de la signature d'un ou plusieurs avenants de substitution de parties à différents actes composant un accord et celle d'un autre protocole d'accord entre M. X..., la société Astek et la société Robinson participations concernant le changement de contrôle de la société Anaodo [...] ».

¹⁵¹⁵ En effet, il fut jugé que les stipulations d'un pacte ne sont pas transmises automatiquement au cessionnaire avec les actions cédées (Cass. com., 24 mai 2011, n° 10.24-869, (n° 512, F-P+B), *D.* 2011, p. 2315, note (G.) HELLERINGER ; *Rev. sociétés* 2011, p. 482, note (A.) GAUDEMET ; *RTD com.* 2011, p. 587, obs. (P.) LE CANNU et (B.) DONDERO.

Adde LE CANNU (P.) et DONDERO (B.), « L'agrément ne peut être assorti de conditions », note sous Cass. com., 17 janvier 2012, n° 09-17.212, FS-P+B, *RTD com.* 2012, p. 141, concluant ainsi : « Il conviendra donc aux actionnaires de retenir l'agrément du cessionnaire jusqu'à ce que l'adhésion de celui-ci au pacte ait été formalisée – ou bien encore de s'assurer que l'adhésion au pacte est une condition de l'opération de cession elle-même ».

¹⁵¹⁶ V. en ce sens, MOURY (J.), « Agrément du cessionnaire d'actions : un usage dévoyé de la condition », note sous Cass. com., 17 janvier 2012, Santraïlle c/ Robinson participations, n° 09-17.212, FS-P+B, *D.* 2012, p. 719, *spéc.* n° 5.

¹⁵¹⁷ LE CANNU (P.), « L'agrément est donné sans condition », note sous Cass. com., 17 janvier 2012, Santraïlle c/ Robinson participations, n° 09-17.212, FS-P+B, *Rev. sociétés* 2012, p. 370, *spéc.* n° 4.

Comp. MOURY (J.), *note préc.*, *spéc.* n° 5, pour qui l'agrément ne peut être affecté d'une condition car il n'est pas une obligation.

¹⁵¹⁸ En ce sens, v. Cass. com., 13 juin 1995, n° 92-21.843, Serege c/ Bleuzen, *RTD civ.* 1997, p. 128, obs. (J.) MESTRE, où une clause de non-rétablissement du cédant érigée en condition suspensive de l'agrément fut qualifiée d'abusives.

Comp. MOURY (J.), *note préc.*, *spéc.* n° 5 : « La décision par laquelle la société accorde son agrément ne se prête en rien au mécanisme de la condition ».

¹⁵¹⁹ Cass. com., 8 avril 2008, n° 06-18.362, Société Lamy c/ Société Sèche environnement, *Bull. Joly Sociétés* 2008, p. 585, note (D.) PORACCHIA ; *D.* 2008, p. 1207, obs. (A.) LIENHARD ; *ibid.* 2009, p. 323, obs. (J.-Cl.) HALLOUIN et (E.) LAMAZEROLLES ; *RTD com.* 2008, p. 801, obs. (P.) LE CANNU et (B.) DONDERO ; *Dr. sociétés* 2008, comm., n° 129, note (H.) HOVASSE ; *JCP E* 2008, p. 1950, obs. (S.) SCHILLER. V. *infra* n° 494-2.

¹⁵²⁰ Dont il est possible de douter pour la SA en l'absence de mention par les textes de sanction des vices internes, l'inobservation de la procédure d'agrément n'étant sanctionnée que du point de vue du cédant et du cessionnaire par la nullité de la cession (C. com., art. L. 228-23, al. 4 : « Toute cession effectuée en violation d'une clause d'agrément figurant dans les statuts est nulle »). Pour plus de précisions à ce propos, v. *infra* n° 561.

En effet, accorder aux parties la possibilité d'aménager la procédure aboutirait nécessairement à rompre l'équilibre auquel tendent ces règles¹⁵²¹. À cet égard, il a été observé que les délais procéduraux visaient à protéger à la fois la société et le cédant¹⁵²². Admettre la validité de la stipulation d'une condition équivaldrait à substituer au point de départ des délais légaux celui de la réalisation de l'événement conditionnel et, donc, à bouleverser toute la chronologie de la procédure d'agrément¹⁵²³. C'est pourquoi, l'énoncé de ce principe interdisant qu'un agrément soit soumis à condition doit être entièrement approuvé, même s'il subsiste des questions sur sa portée.

402. La portée de ce principe. La question de la teneur de sa portée se dédouble : quant à son champ d'application et quant à la source de la condition.

402-1. Le champ d'application du principe. De l'unique visa des articles L. 228-23 et L. 228-24 du Code de commerce, faut-il déduire une portée limitée de l'application de ce principe aux clauses d'agrément des sociétés par actions ? La réponse paraît négative car, dans toutes les sociétés où il existe une telle procédure, ces règles sont également impératives¹⁵²⁴. La question pourrait être discutée pour la SAS. Cependant, en l'absence de disposition spéciale, l'article L. 227-1 opérant un renvoi aux dispositions du droit commun des sociétés par actions, la solution posée par cet arrêt lui est tout à fait applicable¹⁵²⁵. Il en est de même à l'égard de la société européenne pour laquelle l'article L. 229-1 opère un renvoi identique.

A contrario, il pourrait être objecté qu'un agrément conditionnel est licite dans les sociétés pour

¹⁵²¹ LE CANNU (P.), « L'agrément est donné sans condition », note sous Cass. com., 17 janvier 2012, Santraïlle c/ Robinson participations, n° 09-17.212, FS-P+B, *Rev. sociétés* 2012, p. 370, *spéc.* n° 5, citant des exemples de défaillances de la procédure si une telle liberté était laissée aux parties : « Que vaut le délai de rachat obligatoire, quand peut-on compter sur l'agrément obtenu par l'écoulement du temps si la condition défaille ? Quelle foi le cessionnaire peut-il avoir dans ses droits, comment le cédant peut-il exercer son droit de « repentir » ? On voit bien à quelles impasses peuvent conduire une ou plusieurs conditions – même en cas de renonciation à la rétroactivité, ce qui n'aurait pas grand sens ».

¹⁵²² V. *supra* n° 392.

¹⁵²³ V. en ce sens : GALLOIS-COCHET (D.), *art. préc.*, à propos d'une condition suspensive puis résolutoire : « [...] l'obligation de rachat des actions par la société s'appliquerait seulement à compter de la date de non réalisation des conditions et non de la décision d'agrément conditionnel. Cette obligation ne s'impose en effet que « si la société n'agrée pas » (V. C. com., art. L. 228-24, al. 2). D'autre part, la liberté du cédant de céder ses actions au cessionnaire non agréé serait également reportée. En effet, le cédant recouvre cette liberté si l'achat n'est pas réalisé « à l'expiration du délai prévu à l'alinéa précédent » (C. com., art. L. 228-24, al. 3). Or, ce délai de trois mois court à compter de la notification du refus, laquelle ne pourrait intervenir qu'une fois acquise la non-réalisation des conditions. Ainsi, à supposer licite l'agrément assorti d'une clause suspensive, les mécanismes protecteurs du cédant seraient « gelés » pendant tout le temps où la condition serait pendante (temps par hypothèse indéfini), de sorte que la protection du cédant serait illusoire. Quant à la condition résolutoire, elle soumettrait cédant et cessionnaire à une évidente insécurité juridique ».

¹⁵²⁴ V. *supra* n° 304 et s.

¹⁵²⁵ V. *supra* n° 129 (l'application de la procédure d'agrément du droit commun des sociétés par actions à la SAS, sauf dispositions contraires de celle-ci). *Contra* GALLOIS-COCHET (D.), *art. préc.* : « La situation de la SAS est plus délicate. La doctrine est partagée sur la portée de la dérogation formulée par l'article L. 227-14 du Code de commerce, et donc sur la possibilité d'exclure statutairement toute obligation de rachat consécutive au refus d'agrément ». V. par exemple : AZARIAN (H.), *La société par actions simplifiée*, préf. A. Viandier, Litec, 4^{ème} éd., 2016, p. 133, n° 218 : « Si l'on admet que tout ce qui se rapporte à l'agrément dans la société anonyme est mis hors-jeu par l'article L. 227-14, cette affirmation ne devrait pas être étendue à l'agrément des cessions d'actions de SAS. Il en résulterait la faculté pour les statuts de prévoir la possibilité pour un organe social de soumettre l'octroi de l'agrément à la réalisation d'une condition dont le caractère ne devra toutefois pas être purement potestatif ».

lesquelles il n'existe pas de procédure d'agrément impérative¹⁵²⁶. Ce raisonnement doit être écarté car, dans ce cas, l'illicéité de la condition retrouve son fondement sur la notion de l'agrément, plus précisément, sa finalité (un contrôle des qualités personnelles de son demandeur) et sa nature (une modalité de la cession)¹⁵²⁷.

402-2. La source de la condition. Enfin, une dernière question se pose. En l'espèce, la condition avait été imposée par l'organe social habilité à statuer sur l'agrément, et non par les statuts. L'hypothèse inverse serait-elle valable ? La réponse à cette question semble négative. Comme le démontre le visa des articles L. 228-23, alinéa 4, et L. 228-24 du Code de commerce, la censure de la Cour de cassation ne s'opère pas tant au regard de l'illicéité de la décision de cet organe, qu'en vertu de la méconnaissance de la source de l'agrément (C. com., art. L. 228-23), et de l'impérativité de ses règles procédurales (C. com., art. L. 228-24). S'impose alors la conclusion selon laquelle une condition identique, y compris stipulée dans les statuts, encourait la même sanction.

b. La sanction d'un agrément conditionnel.

403. La condition est réputée non écrite. La Haute juridiction a censuré la décision de la Cour d'appel pour avoir déclaré nul, au visa de l'article L. 228-23, alinéa 4 du Code de commerce, l'apport fait par le cédant de ses actions à une société aux motifs que : « [...] le principe et les modalités d'un agrément d'une cession d'actions sont fixés par les statuts de la société, aux dispositions desquelles il ne peut être dérogé, et que les prescriptions imposées par le conseil d'administration comme condition de l'octroi et de l'efficacité de l'agrément sollicité ne peuvent être écartées ou remplacées par d'autres modalités »¹⁵²⁸.

Si l'effet de cette censure surprend puisqu'elle aboutit à valider l'apport du cédant en dépit d'un agrément incertain, celle-ci est néanmoins parfaitement justifiée car la lecture faite par la Cour d'appel des articles L. 228-23 et L. 228-24, précités, aboutissait à reconnaître aux statuts et au conseil d'administration le pouvoir d'aménager la procédure d'agrément. Par un *obiter dictum*, la condition réputée non écrite fut ainsi substituée à la sanction énoncée par la Cour d'appel¹⁵²⁹.

¹⁵²⁶ La SNC, la SAS, et la société européenne. V. *supra* n° 467.

¹⁵²⁷ V. *supra* n° 48. *Contra* GALLOIS-COCHET (D.), *art. préc.* : « En revanche, l'agrément conditionnel pourrait être admis dans les situations où le cédant peut rester prisonnier de son « titre » en cas de refus d'agrément, comme dans la société en nom collectif. Imposer un agrément pur et simple diminuerait ici inutilement les chances de sortie du cédant ».

¹⁵²⁸ Cass. com., 17 janvier 2012, Santraille c/ Robinson participations, n° 09-17.212, *préc.*

¹⁵²⁹ L'arrêt énonce sous la forme d'un attendu de principe : « Attendu que si une clause d'agrément est stipulée, l'agrément d'un actionnaire doit être pur et simple de sorte que les conditions posées par l'organe social habilité à autoriser la cession sont réputées non écrites ».

403-1. La justification du choix de la clause réputée non écrite. En outre, cette censure vise à rappeler que le principe et les modalités de l'agrément sont fixés impérativement par la loi, que sa source soit légale ou statutaire, tant à l'égard du cédant que de la société. Or, en l'espèce, le cédant ne méconnaissait pas la procédure en réalisant un apport, lequel est assimilé à une cession au sens des textes¹⁵³⁰. En l'occurrence, c'est un des organes sociaux, le conseil d'administration, qui avait ajouté une condition aux règles procédurales des articles L. 228-23 et L. 228-24 du Code de commerce. Dès lors, la sanction légale d'une nullité de la convention ne devait pas s'appliquer, car la condition posée par la société était le seul objet de la sanction.

Une fois ce raisonnement posé, encore fallait-il savoir comment sanctionner cette dernière, sans pénaliser corrélativement le cédant qui ne faisait qu'exercer son droit de céder ses titres. La Cour de cassation aurait ainsi pu déclarer nulle la décision du conseil d'administration sur le fondement de l'article L. 235-1, alinéa 2 du Code de commerce, lequel dispose que « la nullité d'actes ou délibérations [...] ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative du présent livre ou des lois qui régissent les contrats », ce qu'est l'article L. 228-24 du même Code. Cependant, la nullité de la condition emportait avec elle celle de l'agrément, pourtant valablement consenti¹⁵³¹.

Par conséquent, la condition réputée non écrite est une sanction plus précise, nonobstant l'absence de fondement textuel¹⁵³². Mais cette solution n'est guère surprenante. Elle existe dans d'autres branches du Droit comme les libéralités par exemple¹⁵³³, ou encore, l'endossement d'une lettre de change¹⁵³⁴, pour lesquelles la condition interdite est réputée non écrite. En revanche, la comparaison des effets de cette sanction avec ceux d'une acceptation conditionnelle aboutit à des résultats plus discutables.

403-2. Acceptation conditionnelle et agrément conditionnel. L'acceptation d'une offre et l'agrément présentent certaines similitudes. Tous deux sont des actes unilatéraux et manifestent l'accord de celui qui l'émet¹⁵³⁵. Toutefois, l'acceptation conditionnelle s'analyse comme une

¹⁵³⁰ V. *supra* n° 219.

¹⁵³¹ L'annulation de l'agrément aboutirait quand même à accorder l'agrément en raison de l'agrément tacite issu de l'écoulement du délai.

¹⁵³² Son fondement est néanmoins vraisemblablement l'article 1844-10, alinéa 2 du Code civil, lequel dispose que : « Toute clause statutaire contraire à une disposition impérative du présent titre, dont la violation n'est pas sanctionnée par la nullité de la société, est réputée non écrite ».

Adde GAUDEMET (S.), *La clause réputée non écrite*, préf. Y. Lequette, Economica, coll. Recherches juridiques, t. 13, 2006.

¹⁵³³ C. civ., art. 900: « Dans toute disposition entre vifs ou testamentaire, les conditions impossibles, celles qui seront contraires aux lois ou aux moeurs, seront réputées non écrites ».

¹⁵³⁴ C. com., art. L. 511-8, al. 4.

¹⁵³⁵ V. à ce propos GALLOIS-COCHET (D.), *art. préc.*, citant la définition par plusieurs auteurs de l'acceptation comme un agrément pur et simple d'une offre. V. également la définition de l'agrément : *infra* n° 8.

contre-proposition, c'est-à-dire un refus de l'offre¹⁵³⁶. Un agrément conditionnel a le même effet, celui de refuser l'agrément, sauf que la sanction de la condition résultant de l'arrêt étudié aboutit au résultat inverse, c'est-à-dire, une acceptation du cessionnaire. Or, la réalité de l'assentiment de la société est douteuse¹⁵³⁷. Néanmoins, même si ce résultat apparaît contraire au bon sens, il semble que le point de vue adopté par la Haute juridiction soit juste, au moins pour deux raisons.

- D'une part, en aménageant la procédure d'agrément par une condition, sans doute pour éviter la lourde charge que représente le mécanisme du rachat, le conseil d'administration a méconnu le caractère d'ordre public de l'article L. 228-24 du Code de commerce.

- Et, d'autre part, cette procédure a une finalité doublement protectrice : il s'agit de protéger à la fois la société contre l'intrusion d'un tiers, et le droit du cédant de céder ses titres. Toutefois, même si la décision des juges du fond protégeait la société, celle-ci portait aussi atteinte au droit du cédant puisque l'apport envisagé était annulé sur le fondement de l'article L. 228-23, alinéa 4, du même Code. Cette annulation apparaissait alors injuste, car elle le sanctionnait pour une faute qu'il n'avait pas commise.

Par conséquent, la sanction de la condition réputée non écrite, de laquelle résulte un agrément pur et simple, est parfaitement justifiée. En outre, l'agrément doit également être global.

2. Un agrément global.

404. La globalité des droits sociaux cédés. À plusieurs reprises, la jurisprudence a eu l'occasion de décider que l'agrément portait sur la globalité des droits sociaux cédés, et non pas seulement sur une partie d'entre eux¹⁵³⁸. Le cas échéant, un agrément partiel porterait atteinte au droit de l'associé de céder sa participation. Une autre des particularités de l'agrément (ou de son refus) réside dans son caractère discrétionnaire.

3. Un agrément discrétionnaire.

405. Une particularité du droit des groupements. Le droit des sociétés se différencie du

¹⁵³⁶ Cass., 3 février 1919, de Portes c/ Vuillier, *DP* 1923, 1, p. 126.

¹⁵³⁷ En ce sens, v. DONDERO (B.), « L'agrément ne peut être assorti de conditions », Cass. com., 17 janvier 2012, Santraille c/ Robinson participations, n° 09-17.212, *Bull. Joly Sociétés* 2012, p. 310 ; GALLOIS-COCHET (D.), *art. préc.* ; LE CANNU (P.), *art. préc., spéc.* n° 7 : « En réputant non écrite la condition, la Cour de cassation fait tenir pour acquis l'agrément, alors que le consentement de la société n'était pas " vraiment " acquis ».

¹⁵³⁸ Cass. com., 11 février 1980, Allemand c/ Allemand, *Rev. sociétés* 1980, p. 477, note (D.) SCHMIDT ; CA Lyon, 5 février 1936, *Journ. sociétés* 1938, p. 228.

droit de la distribution pour lequel le refus d'agrément doit être justifié par des motifs légitimes, ce qui sous-entend, l'existence d'une obligation de motiver ce refus¹⁵³⁹. Dans le cas contraire, celui-ci entraverait le droit du concessionnaire de rompre le contrat et, surtout, son droit de céder son fonds de commerce. Cette différence du droit des sociétés est totalement justifiée car l'agrément n'a pas seulement pour cause le choix d'un associé : il préserve aussi la société de l'entrée d'indésirables¹⁵⁴⁰. En outre, l'encadrement légal des conséquences du refus d'agrément garantit à l'associé le droit de céder sa participation et légitime, de la sorte, le caractère discrétionnaire du refus¹⁵⁴¹.

Sans cette problématique de garantie toutefois, cette liberté se retrouve également dans les associations pour lesquelles fut jugé licite « [...] l'exercice que s'était réservée l'association d'agréer le renouvellement d'adhésion sans avoir à justifier des motifs de son refus »¹⁵⁴². Cette discrétion n'est autre que l'expression de la liberté de choisir son cocontractant. La jurisprudence se réserve néanmoins la possibilité de la sanctionner, sur le fondement de l'abus de droit, lorsque le refus d'agrément est détourné de sa finalité¹⁵⁴³. Elle se réserve aussi le droit de sanctionner un agrément donné en blanc.

¹⁵³⁹ En la matière, la Cour de cassation n'a jamais imposé explicitement la motivation du refus mais la clause contractuelle par laquelle le concédant s'oblige à justifier son refus est devenue de style en raison du risque d'être qualifié d'abusif. V. à propos de contrats de concession : Cass. com., 2 juillet 2002, Société Opel France c/ SARL Automobile France Finance et a., *Bull. civ.* 2002, IV, n° 313, *JurisData* n° 2002-015113, *D.* 2003, p. 93, note (D.) MAZEAUD ; *JCP G* 2003, II, 10023, note (D.) MAINGUY ; *LPA* 28 octobre 2002, p. 15, note (P.) MOUSSERON ; - , 5 octobre 2004, n°02-17.338, *Bull. civ.* IV, n° 181 ; *D.* 2005, p. 2836, obs. (B.) FAUVARQUE-COSSON ; *D.* 2006, p. 512, obs. (D.) FERRIER ; *RTD civ.* 2005, p. 127 et p. 128, obs. (J.) MESTRE et (B.) FAGES ; *RTD com.* 2005, p. 407, obs. (B.) BOULOC ; - , 3 novembre 2004, n°02-17.919, *RDC* 01 avril 2005, n°2, p. 288, (Ph.) STOFFEL-MUNCK.

Adde AYNÈS (L.), « Motivation et justification », *RDC* 2004, p. 555 ; OURDIN (M.), « La transmission des contrats de distribution », *RTD com.* 2011, p. 447.

¹⁵⁴⁰ L'agrément a aussi pour fonction de maîtriser la composition du capital social (v. *supra* n° 74, n° 104). V. en ce sens : CA Paris, 31 mars 1981, Aaron c/ Consorts Amaury, *Gaz. Pal.* 1981, 2, p. 513, note A.P.S. Le refus d'agrément peut être motivé, non pas par le refus intuitu personae du cessionnaire présenté, mais, sans être pour autant hostile à celui-ci, par un refus de voir entrer dans la société une personne qui lui était externe.

¹⁵⁴¹ En ce sens, v. Cass. com., 26 mai 2004, n° 02-11.944, X c/ Société La Voix du Nord, *Bull. Joly Sociétés* 2004, p. 1375, note (J.-J.) DAIGRE. La société est libre de refuser son agrément à une cession, sans justifier de l'exercice de cette liberté.

Pour les opinions doctrinales à ce sujet, v. RIPERT (G.), ROBLOT (R.), *Traité élémentaire de droit commercial, Les sociétés commerciales, Commentaire de la loi du 24 juillet 1966*, t. 1, L.G.D.J., 1968, p. 637, n° 1254 ; COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (Fl.), *Droit des sociétés*, Litec, coll. Manuel, 29^{ème} éd., 2016, p. 431, n° 991 ; MERLE (Ph.), avec la collaboration de FAUCHON (A.), *Droit commercial, Sociétés commerciales*, Dalloz, coll. Précis, 20^{ème} éd., 2017, p. 404, n° 379 ; ROBLOT (R.), « L'agrément de nouveaux actionnaires », in *Mélanges en l'honneur de Daniel Bastian*, vol. 1, Librairies techniques, 1974, p. 294.

Une seule disposition réglementaire précise cette caractéristique de l'agrément, à l'annexe de l'article R. 422-1 du Code de la construction et de l'habitation relatif au modèle de la clause d'agrément d'une société anonyme d'habitations à loyer modéré. Celui indique que : « [...] le transfert d'actions à un tiers non actionnaire de la société, à quelque titre que ce soit, doit être autorisé par le conseil (d'administration) (de surveillance) (1) qui n'est pas tenu de faire connaître les motifs de son agrément ou de son refus » (nous le soulignons).

Adde ROETS (D.), « Les droits discrétionnaires : une catégorie juridique en voie de disparition ? », *D.* 1997, chron. p. 92.

¹⁵⁴² Cass. 1^{ère} civ., 6 mai 2010, n° 09-66.969, *RTD civ.* 2010, note (B.) FAGES ; *D.* 2010, p. 1279, obs. (X.) DELPECH ; *ibid.* p. 2413, note (G.) HELLERINGER ; *ibid.* p. 2178, note (D.) MAZEAUD ; *Dr. sociétés* 2010, n° 135, comm. (H.) HOVASSE ; *Revue Lamy droit des affaires* juillet-août 2010, n° 73, obs. (J.) MESTRE ; *Rev. sociétés* 2010, p. 511, note (D.) RANDOUX.

¹⁵⁴³ V. *infra* n° 584.

Adde GAILLARD (E.), *Le pouvoir en droit privé*, préf. G. Cornu, Economica, coll. Droit civil, 1985, p. 151, n° 236.

4. L'agrément d'une personne déterminée ou déterminable.

406. Les agréments donnés en blanc et à l'avance sont-ils licites? Il fut jugé qu'un agrément donné à l'avance et en blanc, à une cession ultérieure, n'était pas valable¹⁵⁴⁴. Interprétée *a contrario*, cette décision semble valider un agrément donné à l'avance, désignant une personne déterminée, ou facilement déterminable comme le serait, par exemple, le conjoint d'un associé ; peu important le fait que celui change entre le moment de l'adoption de la clause et sa mise en œuvre¹⁵⁴⁵. En outre, si un associé est remplacé par un autre, cette clause ne deviendrait pas caduque car, en entrant dans la société, ce dernier a adhéré à toutes les clauses des statuts. Il a ainsi agréé le cessionnaire à venir, tout comme son prédécesseur l'avait fait. L'hypothèse décrite est celle d'une clause qui n'est pas désignée comme étant d'agrément, mais qui a pourtant l'effet de le donner à l'avance : il s'agit de la clause de continuation dont la licéité est ponctuellement admise par la loi¹⁵⁴⁶.

À l'appui de certains de ces textes, la jurisprudence a ainsi dégagé les caractères généraux de la décision sociale accordant ou refusant l'agrément (ce dernier étant pur et simple¹⁵⁴⁷, global¹⁵⁴⁸, discrétionnaire¹⁵⁴⁹, et dont le bénéficiaire est déterminé ou déterminable), et cela afin de garantir la protection instituée par la loi, tantôt à l'égard de l'associé cédant (droit de céder sa position sociétaire), tantôt à l'égard de la société (droit de préserver la composition de son cercle sociétaire). À côté de ces caractères, il existe un tempérament légal en présence d'un nantissement auquel a consenti la société : puisque la vente forcée n'est, en principe, réalisée qu'après la notification du projet, le cessionnaire est alors indéterminé jusque-là¹⁵⁵⁰. Il s'agit là d'une spécificité parmi d'autres de la décision sociale en présence de ce fait générateur.

¹⁵⁴⁴ À propos de SARL, v. Cass. req., 9 octobre 1940, *D.* 1942, p. 115, note (P.) PIC ; CA Angers, 9 novembre 1949, *D.* 1950, jurispr. p. 146, note (G.) RIPERT. À propos d'une SA, v. CA Paris, 4 janvier 1957, *Gaz. Pal.* 1957, 1, p. 235 ; CA Paris, 4 novembre 1964, *Gaz. Pal.* 1964, 1, p. 280.

Comp. admettant implicitement la validité d'une cession en blanc : Cass. 3^{ème} civ., 6 décembre 2000, Schatt c/ Tourneur et a., *JurisData* n° 007217, *Dr. sociétés* 2001, n° 3, comm. 39, note (Th.) BONNEAU.

¹⁵⁴⁵ V. également en ce sens : HÉMARD (J.), TERRÉ (F.), MABILAT (P.), *Sociétés commerciales*, t. 1, Dalloz, 1972, p. 232, n° 249.

¹⁵⁴⁶ V. *supra* n° 296.

¹⁵⁴⁷ V. *supra* n° 400.

¹⁵⁴⁸ V. *supra* n° 404.

¹⁵⁴⁹ V. *supra* n° 405.

¹⁵⁵⁰ V. par exemple C. civ., art. 1867, al. 2. Pour plus de détails, v. *infra* n° 327.

B. Les caractères spéciaux de la décision en présence d'un nantissement des droits sociaux.

407. L'exposé des règles procédurales. En dépit des nombreux renvois faits par la loi au régime de l'agrément en cas de cession¹⁵⁵¹, la mise en œuvre du nantissement influe différemment sur sa procédure qu'une vente volontaire. À cet effet, le législateur a dû insérer dans le Code de commerce des dispositions spéciales protégeant le droit des associés de se choisir mutuellement et de rester entre eux¹⁵⁵². La loi du 24 juillet 1966 a ainsi institué pour la SARL et les sociétés émettrices de titres négociables, une procédure originale afin de concilier les droits du créancier gagiste et l'intérêt de la société¹⁵⁵³. Une procédure similaire existe depuis 1978 pour la société civile ; ce dernier dispositif étant le plus précis des trois. Seront ainsi successivement évoquées une règle commune à ces trois sociétés, puis une règle spéciale à la SARL et aux sociétés par actions, dont l'utilité interrogera.

407-1. Une règle commune à la société civile, à la SARL et aux sociétés par actions : un agrément rétractable. La procédure spéciale consiste à demander, dans un premier temps, l'accord de la société au projet de nantissement¹⁵⁵⁴. Les règles en cas de cession sont alors applicables à la différence, toutefois que, si le projet est approuvé, cet accord emporte l'agrément du futur adjudicataire en cas de réalisation forcée des droits sociaux nantis, sans que son identité ne soit nécessairement connue. L'objectif de cette mesure se déduit aisément : il s'agit de ne pas décourager la prise de garantie sur cette valeur patrimoniale que représentent les droits sociaux. Dans un second temps, la loi permet néanmoins aux associés et à la société de les racheter après la réalisation forcée¹⁵⁵⁵. L'originalité du dispositif réside surtout dans cette dernière précision, ainsi qu'une disposition spéciale propre à la SARL et aux sociétés par actions.

407-2. Une règle spéciale à la SARL et aux sociétés par actions. Les articles L. 223-16 et L. 228-26 du Code de commerce précisent que la vente forcée se réalise dans les conditions mentionnées à l'article 2078 du Code civil¹⁵⁵⁶. Or ce dernier est aujourd'hui abrogé et son contenu

¹⁵⁵¹ Pour la majorité des formes sociales, la loi renvoie aux règles applicables en cas de cession, v. *supra* n° 208. *A contrario*, cela exclut une assimilation au régime de l'agrément en cas de transmission.

¹⁵⁵² CA Paris, 15^{ème} ch., sect. B, 11 décembre 1992, *Juris-Data* n° 1992-024408, *Dr. sociétés* 1993, comm. 69, note (Th.) BONNEAU ; ces dispositions spéciales sont exclusives de l'application des règles existantes en cas de cession.

¹⁵⁵³ JO Sénat CR, 27 avril 1966, p. 351. C. com., art. L. 223-15 (SARL) ; art. L. 228-26 (SA).

Rappr. pour la transposition de ce dispositif aux autres sociétés commerciales, v. *supra* n° 300, n° 327 (droit positif) ; n° 447 et n° 547 (droit prospectif).

¹⁵⁵⁴ Pour le délai de réalisation de cette notification en présence d'une société civile, v. *supra* n° 327.

¹⁵⁵⁵ V. *infra* n° 473 et s.

¹⁵⁵⁶ C. com., art. L. 223-15 (SARL) ; C. com., art. L. 228-26 (SA).

transposé aux articles 2355 et suivants du même Code. Toutefois, l'application aux droits sociaux de ces règles ayant trait au nantissement de créance est discutée¹⁵⁵⁷. En effet, certains auteurs préconisent plutôt l'application des dispositions énoncées pour le gage¹⁵⁵⁸. Il serait, par conséquent, préférable que ce renvoi au Code civil soit supprimé, afin de ne pas susciter d'inutiles controverses¹⁵⁵⁹. Au contraire, les dispositions relatives à la notification de la décision sociale mériteraient, elles, d'être généralisées.

§ II. La notification de la décision sociale.

408. Lorsque la société ne garde pas le silence. Seuls les articles R. 223-12 du Code de commerce relatif à la SARL, et 49, alinéa 3, du décret du 3 juillet 1978 relatif à la société civile prévoient cette hypothèse. Ils disposent que « la décision de la société est notifiée au cédant par lettre recommandée avec demande d'avis de réception », que cette décision soit positive ou négative. Dans ce dernier cas, la procédure d'agrément se poursuit et nécessite l'exécution de formalités spéciales¹⁵⁶⁰.

Bien que les textes ne précisent rien à l'égard des autres sociétés, il semble nécessaire de transposer ces règles à leur ensemble, ne serait-ce que pour obtenir une preuve contre le risque qu'un agrément tacite ne soit opposé, à la suite de l'écoulement du délai consécutif à la notification de la demande d'agrément¹⁵⁶¹. De plus, par souci de respecter un parallélisme des formes avec cette dernière, la décision ayant statué sur une telle demande devrait pouvoir être signifiée par un acte extrajudiciaire¹⁵⁶². Il en est de même s'agissant de la proposition de rachat consécutive au refus d'agrément.

¹⁵⁵⁷ LE CANNU (P.), DONDERO (B.), *Droit des sociétés*, Montchrestien, 6^{ème} éd., 2015, p. 713, n° 1194.

¹⁵⁵⁸ C. civ., art. 2333 et suiv. ; v. en ce sens, l'opinion exprimée par : COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (Fl.), *Droit des sociétés*, Litec, coll. Manuel, 23^{ème} éd., 2010, p. 542, n° 1074 : « [...] Il n'est pas douteux que les parts sociales ne peuvent être réduites à de simples créances. [...] Plus spécialement, on observera qu'il ressort du nouvel article 2348, alinéa 2, du Code civil qui fait référence aux biens cotés sur un marché organisé au sens du Code monétaire et financier, que les valeurs mobilières et donc, a fortiori, les parts sociales, ne constituent pas de simples créances. La conclusion s'impose : ce sont les règles du gage, et non celles du nantissement qui doivent être appliquées ».

¹⁵⁵⁹ Pour la proposition de simplification, v. *infra* n°451 et s.

¹⁵⁶⁰ V. *infra* n° 462.

¹⁵⁶¹ *Rappr.* Cass. com., 8 avril 2008, n° 07-11.237 (n° 479 FD), SA Sogecore c/ SA Ecore, *Bull. Joly Sociétés* 2008, n° 8, p. 679, note (J.-F.) BARBIÈRI, admettant le cessionnaire à invoquer ses droits sur la cession à la suite du bénéfice de l'agrément tacite.

¹⁵⁶² Pour la proposition de généralisation, v. *infra* n° 445.

Conclusion Section I. Des règles générales perfectibles *de lege lata*.

409. Une procédure complexe. Les règles générales de la procédure d'agrément concernent l'ensemble des sociétés, avant que leur décision ne soit rendue. Elles ont principalement trois objets : la stipulation d'une clause d'agrément¹⁵⁶³, la notification de la demande d'agrément¹⁵⁶⁴ et, enfin, la décision sociale consécutive à cette demande¹⁵⁶⁵.

Ces règles procédurales nécessitent parfois d'être adaptées en raison de la particularité de certains faits générateurs, dont la nature ou les effets diffèrent de ceux d'une cession. Toutefois, bien qu'une majorité de ces éléments soient communs à toutes les sociétés, la procédure requise pour mettre en œuvre l'agrément est encadrée spécifiquement pour chacune d'elles. Or ce fractionnement de la législation constitue un obstacle à son intelligibilité car, comme pour son domaine, il contraint les justiciables à rechercher minutieusement des règles dispersées au sein de dispositions généralement légales, parfois réglementaires, mais toujours complexes.

L'examen méticuleux de leur ensemble a révélé, en outre, la récurrence de deux types de failles rédactionnelles : soit des règles avec le même objet sont différentes d'une société à une autre, soit des règles sont précisées pour quelques sociétés seulement, sans que ces différences ou ces absences soient pour autant toujours justifiées.

La jurisprudence s'emploie alors, dans la mesure du possible, à combler ces lacunes au fil du contentieux suscité par l'application des textes. Ainsi, ne sont pas toujours identiques : les mentions contenues dans la notification¹⁵⁶⁶, le titulaire du pouvoir d'agréer¹⁵⁶⁷, les règles de vote de l'agrément¹⁵⁶⁸, ou encore, les délais pour statuer sur sa demande¹⁵⁶⁹.

Les règles n'existant qu'à l'égard de certaines sociétés sont, elles aussi, assez nombreuses, et concernent divers domaines comme, par exemple, les modalités de publicité de la clause d'agrément dans les sociétés par actions¹⁵⁷⁰. En revanche, la possibilité de stipuler une clause de continuation leur est interdite¹⁵⁷¹. Par ailleurs, seul un texte de la société civile précise la date de la notification d'une demande consécutive à un nantissement¹⁵⁷². Tandis qu'il existe ponctuellement

¹⁵⁶³ V. *supra* n° 288 et s.

¹⁵⁶⁴ V. *supra* n° 301 et s.

¹⁵⁶⁵ V. *supra* n° 329 et s.

¹⁵⁶⁶ V. *supra* n° 306 et s.

¹⁵⁶⁷ V. *supra* n° 331 et s.

¹⁵⁶⁸ V. *supra* n° 361 et s.

¹⁵⁶⁹ V. *supra* n° 391 et s. Il sera observé ultérieurement une constatation similaire à propos du délai requis pour exécuter l'obligation de rachat, ou encore, du moment de l'exercice du droit de repentir par l'associé cédant (v. *infra* n° 462 et s.)

¹⁵⁷⁰ V. *supra* n° 293 et s.

¹⁵⁷¹ V. *supra* n° 297 et s.

¹⁵⁷² V. *supra* n° 327 et s.

certaines obligations à la charge des gérants : celui de la SARL est tenu de convoquer l'assemblée dans un délai de huit jours suivant la réception d'une demande d'agrément¹⁵⁷³ ; celui d'une société civile, à qui fut préalablement confié le pouvoir d'agréer, doit informer les associés des conséquences d'un refus d'agrément lorsqu'il envisage cette éventualité¹⁵⁷⁴.

Cet éclatement du régime de l'agrément n'est toutefois pas insurmontable. L'existence de règles ayant pour objet d'encadrer la présence éventuelle de l'*intuitu personae*, dans toutes les sociétés, suggère que leur unification est possible¹⁵⁷⁵. Celle-ci se réaliserait, en outre, à l'aide de deux facteurs : la propension du législateur à influencer sur la force de l'*intuitu personae* nécessiterait d'être corrigée¹⁵⁷⁶, tandis que l'importance de l'ordre de public de protection garantissant l'équilibre entre les droits de la société et ceux du cédant devrait, au contraire, être accentuée.

Section II. Des règles générales plus intelligibles *de lege feranda*.

410. Plan. Afin d'améliorer l'intelligibilité de la procédure, une démarche similaire à celle utilisée pour clarifier le domaine de l'agrément est envisageable. En effet, si ce dernier peut être identique pour toutes les sociétés en dépit de leurs différences structurelles, *a fortiori*, rien n'empêche son unification procédurale, à condition toutefois, de distinguer les principes de ses exceptions.

Cette construction nécessitera ainsi de réaliser un élagage des disparités existantes entre les règles de chaque société (§ I). Puis, de mettre en évidence certaines spécificités pour lesquelles il est impossible de substituer une règle générale (§ II)¹⁵⁷⁷. Cette présentation allégera de la sorte la loi de nombreuses précisions techniques, dont pâtit aujourd'hui son intelligibilité.

§ I. Uniformiser les règles générales.

411. Plan. Jusqu'à la décision statuant sur la demande d'agrément, certaines règles de forme doivent être respectées par les parties au projet de transfert, comme par la société. Chronologiquement, des règles concernent en premier lieu la stipulation d'une clause d'agrément.

¹⁵⁷³ V. *supra* n° 337-1.

¹⁵⁷⁴ V. *supra* n° 336-1.

¹⁵⁷⁵ V. *supra* n° 124 et s.

¹⁵⁷⁶ V. notamment les modulations exercées sur les conditions d'adoption de l'agrément, notamment en présence d'une SARL (*supra* n° 368 et s.), et en amont, l'influence faite sur sa source (*supra* n° 190 et s.).

¹⁵⁷⁷ Cet ensemble ayant vocation à encadrer l'application prospective du principe d'un agrément obligatoire, *de lege feranda*, sa nature sera réglementaire (Const. 4 octobre 1958, art. 21).

Cependant, le principe proposé ayant été inversé *de lege feranda*¹⁵⁷⁸, les règles encadrant cette clause auraient dorénavant pour objet la stipulation d'une dispense d'agrément, dans des hypothèses toutefois restreintes¹⁵⁷⁹ (I). Ensuite, la procédure se déroulerait comme en droit positif : afin de la déclencher, l'associé cédant ou son ayant droit devra notifier une demande d'agrément à la société (II). Enfin, celle-ci ne pourra y répondre que par l'adoption d'une décision respectant un formalisme strict, mais clarifié (III).

I. Créer des règles liées à la stipulation d'une clause de dispense d'agrément.

412. Plan. Le principe proposé étant celui d'un agrément dont la source serait toujours légale, celui-ci n'aurait plus besoin d'être stipulé dans les statuts. À l'inverse, tel serait le cas de sa dispense qui, comme toute clause, ferait l'objet d'une stipulation dans un document contractuel (A), mais aussi d'un vote collégial (B). Enfin, à l'instar de l'actuelle clause d'agrément, l'éventualité de sa publication nécessitera d'être envisagée afin d'informer les tiers de son existence, de ses modifications ou de sa suppression (C). Ces éléments suscitant des interrogations en droit positif nécessitent d'être éclaircis en droit prospectif.

A. Les documents contenant la clause de dispense d'agrément.

413. Les statuts. En droit prospectif, un agrément d'origine exclusivement légale se substituerait à un agrément d'origine variable. Sa stipulation ne serait dès lors plus nécessaire, limitant de la sorte le contentieux liés à l'interprétation de la loi ou des statuts.

Cependant, il a été observé la nécessité d'atténuer la généralité de ce principe en autorisant ponctuellement sa dispense ; tout simplement afin de respecter la physionomie actuelle des types sociétaires¹⁵⁸⁰. Sont ainsi concernées par une telle possibilité les sociétés à caractère réglementé pour les transferts entre associés¹⁵⁸¹ ; les sociétés à caractère familial que sont la société civile et la SARL pour les transferts entre associés ou entre un associé et ses proches¹⁵⁸², ou encore, les sociétés par actions, quelle que soit la nature de l'opération juridique envisagée¹⁵⁸³. Dans la limite

¹⁵⁷⁸ V. *supra* n° 139 et s.

¹⁵⁷⁹ V. *supra* n° 145 et s.

¹⁵⁸⁰ V. *supra* n° 147.

¹⁵⁸¹ V. *supra* n° 150.

¹⁵⁸² Ces derniers étant désignés par leurs liens juridiques avec l'associé (v. *supra* n° 151).

¹⁵⁸³ V. *supra* n° 152.

offerte par la loi, il appartiendrait alors aux associés de décider de la portée qu'ils souhaitent donner à leur clause de dispense, par l'emploi de mots visant précisément certains faits générateurs ainsi que leurs bénéficiaires, ou au contraire, des mots accroissant son champ d'application. Le cas échéant, si la clause est difficilement interprétable, alors le principe de l'agrément serait à nouveau applicable. Mais avant même de s'intéresser à l'efficacité de la rédaction de la clause, encore faut-il savoir si celle-ci nécessite d'être inscrite dans les statuts pour être valable. Les règles jurisprudentielles dégagées à propos de la clause d'agrément seraient-elles transposables à une stipulation de dispense d'agrément ?

Pour les mêmes raisons, la validité de cette clause dans un règlement intérieur ne semble pas davantage admissible¹⁵⁸⁴. La valeur de ce document est relative et limitée à ses signataires. Un associé n'ayant pas approuvé ce document ne pourrait pas se voir imposer un nouvel associé, par l'effet de la dispense d'agrément votée de la sorte. Un raisonnement similaire est valable à l'égard des pactes extra-statutaires : par l'effet de la dispense votée entre eux, leurs signataires ne pourraient pas imposer aux autres associés un tiers, ou une modification de la composition du capital social. Ainsi la clause de dispense d'agrément ne saurait être valable dans un autre document que les statuts, sous peine de ne pas être opposable à l'ensemble des associés. Logique, cette conclusion l'est, car la dispense a vocation à modifier le pacte social par une suppression ponctuelle ou générale de l'*intuitu personae* s'y attachant.

Afin d'éviter que le contentieux passé ne soit renouvelé, cette précision nécessiterait d'être expressément indiquée dans les textes¹⁵⁸⁵, à l'instar de la règle de vote de la clause de dispense.

B. Le vote de la clause de dispense d'agrément.

414. Un vote aux conditions de la modification des statuts. En droit positif, une clause d'agrément peut être stipulée lors de la constitution de la société ou en cours de vie sociale¹⁵⁸⁶. Dans cette dernière hypothèse, la majorité requise pour la voter fut l'objet d'une évolution jurisprudentielle, avant d'admettre que les conditions requises pour modifier les statuts étaient applicables, la clause n'ayant pour effet que de restreindre la faculté de céder les droits sociaux¹⁵⁸⁷.

Néanmoins, une exception légale figure à l'article L. 229-15 du Code de commerce, lequel

¹⁵⁸⁴ V. *supra* n° 290.

¹⁵⁸⁵ Le texte réglementaire pourrait être rédigé de la sorte : « **Lorsque la loi l'autorise, les statuts, à l'exclusion de tout autre document, peuvent stipuler une dispense d'agrément** ». Pour la proposition complète, v. *infra* annexe.

¹⁵⁸⁶ V. *supra* n° 291 et s.

¹⁵⁸⁷ V. *supra* n° 292 et s.

oblige la réunion de l'unanimité pour voter les clauses d'agrément de la société européenne. Opérant un retour à la jurisprudence antérieure, cette disposition n'est guère justifiée par la spécificité de cette société. Aucun argument ne permet d'expliquer que la clause d'agrément soit traitée comme une aggravation de l'engagement de ses actionnaires, tandis qu'elle diminue leurs droits dans d'autres structures. Car ici comme ailleurs, l'agrément a toujours la même finalité : il est une modalité restrictive de la cession projetée. Mais il ne porte en aucun cas atteinte à la substance des droits sociaux en interdisant leur cession, par exemple. Ces critiques ont fait l'objet d'un certain écho auprès du législateur puisque celui-ci a autorisé l'exécutif à modifier, par voie d'ordonnance, l'article L. 227-19 relatif à la SAS, dont la lettre était strictement identique à celle de l'article L. 229-15, précité, mais sans pour autant avoir corrigé ce dernier parallèlement¹⁵⁸⁸.

415. *De lege feranda.* À l'appui de la constatation de la finalité commune de l'agrément à l'ensemble des sociétés, le droit prospectif proposé a vocation à unifier son régime, intéressant en premier lieu la règle de vote, applicable non plus à la stipulation de la clause d'agrément, mais à celle de sa dispense. La transposition du raisonnement jurisprudentiel précédent impose de déterminer quel est l'effet de cette clause à l'égard des associés. Or si la clause d'agrément diminue leurs droits, *a contrario*, la dispense aurait pour effet de les augmenter en facilitant la cession des droits sociaux. L'unanimité ne serait dès lors pas requise impérativement pour la voter, en cours de vie sociale. En outre, puisqu'elle modifierait les statuts, la majorité nécessaire à cette modification serait applicable, conformément aux dispositions de chaque société, y compris celles de la société européenne¹⁵⁸⁹. Corrélativement, la suppression de cette clause se réaliserait aux mêmes conditions, celle-ci ayant alors pour effet de diminuer les droits des associés. Une fois votée, la nécessité de sa publication requiert d'être examinée, à l'instar des exigences ponctuelles du droit positif.

C. L'absence de mesures de publicité de la clause de dispense d'agrément.

416. Une publicité devenue caduque en droit prospectif. Cette publicité ne concerne actuellement que les sociétés par actions et a un double objet : celui d'informer les tiers de l'existence de la clause et de l'organe social désigné par les statuts pour en décider¹⁵⁹⁰. Cette

¹⁵⁸⁸ Ordonnance n° 2017-747, 4 mai 2017, art. 5.

¹⁵⁸⁹ Le texte précédent pourrait être complété de la façon suivante : « Lorsque la loi l'autorise, les statuts peuvent stipuler une dispense d'agrément, dont le vote en cours de vie sociale nécessite de réunir les conditions requises pour modifier les statuts ».

Pour la proposition complète, v. *infra* annexe.

¹⁵⁹⁰ V. *supra* n° 293 et s.

exigence n'aurait néanmoins plus de raison d'être en droit prospectif, celui-ci désignant un organe compétent par défaut pour statuer sur l'agrément¹⁵⁹¹. En outre, la publicité de la clause d'agrément, devenue dispense d'agrément, n'entraverait pas la circulation des titres envers les tiers. Conformément à une analyse contractuelle des rapports sociétaires, ce principe constitue davantage une modalité technique de cession des titres, qu'un droit substantiel reconnu aux associés. Cette analyse permet ainsi d'admettre une application étendue de l'agrément par la loi, y compris à l'égard des titres négociables : la substance de l'engagement des associés présumée marquée d'*intuitu personae* prévaut de la sorte sur ses modalités techniques de cession¹⁵⁹².

En outre, *de lege feranda*, les tiers auraient connaissance de l'existence de l'agrément en raison de sa consécration légale. Au contraire, si une clause de dispense est adoptée, elle ne nécessiterait pas davantage de faire l'objet d'une publication spéciale, puisqu'elle ne créerait pas de contrainte pour acquérir les droits sociaux. En revanche, en l'absence de cette dispense, les formalités requises pour notifier la demande d'agrément devraient, elles, être davantage sécurisées.

II. Préciser les règles de la notification d'une demande d'agrément.

417. Plan. La notification a une double fonction : elle informe solennellement les associés du projet de transfert et constitue le point de départ des délais procéduraux. Cette dernière fonction est extrêmement importante car, à l'issue de son délai, l'agrément est acquis tacitement au bénéficiaire du projet. De la sorte, puisque le droit prospectif doit souligner l'importance de cette formalité (B), son contenu y serait intégré afin de prévenir les contentieux dont elle a pu être l'objet (A).

A. Généraliser le formalisme de la notification.

418. Plan. Généraliser une règle nécessite préalablement de l'unifier (1), puis d'affirmer ses effets (2).

¹⁵⁹¹ V. *infra* n° 430 et s.

¹⁵⁹² V. *supra* n° 172 et s.

1. Unifier le formalisme de la notification.

419. Plan. Ce formalisme se compose des modalités de réalisation de la notification (a) préalablement au transfert des droits sociaux (d) et de ses mentions obligatoires (b). Mais celle-ci est dénuée d'effet si son débiteur, comme son destinataire, ne sont pas correctement identifiés (c).

a. Unifier les modalités de réalisation de la notification.

420. Une signification par un acte extrajudiciaire ou une lettre recommandée avec un accusé de réception. À l'égard de certaines sociétés seulement, la loi précise que la notification du projet de cession doit être signifiée par un acte extrajudiciaire ou par une lettre recommandée avec un accusé de réception. Or rien ne justifie ce particularisme. En pratique, il est d'ailleurs probable que l'un ou l'autre de ces formalismes soit naturellement utilisé par toutes les sociétés, y compris celles ne bénéficiant pas d'un tel encadrement légal, pour la simple nécessité de se procurer une preuve de l'envoi de la notification. L'unification et la simplification de la procédure d'agrément commanderait l'extension de ce formalisme à leur ensemble ainsi que, corrélativement, ses mentions obligatoires¹⁵⁹³.

b. Unifier les mentions obligatoires de la notification.

421. Une disposition générale unique. Ces mentions sont essentielles pour informer la société de l'opération envisagée et lui donner, de la sorte, les éléments de réflexion nécessaires pour accorder ou refuser l'agrément de son demandeur. Or seules les dispositions relatives à la société civile et aux sociétés par actions indiquent actuellement le contenu de la notification, mais celui-ci diffère néanmoins par son objet.

En premier lieu, le décret d'application de la loi de 1978 réformant les sociétés civiles précise différents objets possibles de la notification¹⁵⁹⁴. Celle-ci informe la société d'une demande d'agrément, en vue de la réalisation d'un projet de cession ou de nantissement, mais aussi de la renonciation de l'associé cédant au projet. Cette dernière mention attire l'attention en raison de son caractère exceptionnel, mais elle ne sera évoquée qu'ultérieurement, lors de l'étude de

¹⁵⁹³ Le texte de droit prospectif pourrait être le suivant : « **La notification de la demande d'agrément est signifiée par un acte extrajudiciaire ou par une lettre recommandée avec une demande d'accusé de réception.** »

Pour la proposition complète, v. *infra* annexe.

¹⁵⁹⁴ V. *supra* n° 307.

l'unification du droit de repentir du cédant¹⁵⁹⁵. En revanche, les deux précédents objets seraient unifiés en droit prospectif sous le terme d'un projet de « transfert de prérogatives sociétaires donnant un droit d'intervention au sein de l'assemblée »¹⁵⁹⁶. Cette mention permettrait notamment d'inclure dans le champ d'application de la notification, des faits générateurs tel que le démembrement des droits sociaux, lequel confère un droit d'intervention à l'usufruitier dans les affaires sociales, sans pour autant lui attribuer la qualité d'associé. La notification devrait ainsi préciser, quelle est l'opération juridique projetée ou ouvrant droit à demander l'agrément. Cette dernière mention engloberait, de la sorte, les faits générateurs dont la réalisation ne nécessite pas d'être projetée comme par exemple, un fait juridique, la succession d'un associé, ou une manifestation de volonté (la souscription de droits sociaux ou la revendication de la qualité d'associé par le conjoint commun en biens¹⁵⁹⁷).

En second lieu, l'article L. 228-24, alinéa 1^{er} du Code de commerce énumère, pour les sociétés par actions, un certain nombre de mentions relatives à l'opération envisagée devant figurer sur la notification¹⁵⁹⁸. Cette énumération présente néanmoins des lacunes. S'agissant de l'exigence du prix, une mention des éléments permettant de le rendre déterminable semble plus adaptée, car certaines opérations, comme la fusion, sont incompatibles avec une telle exigence¹⁵⁹⁹. En outre, la loi ne précise pas quels éléments permettent d'identifier une personne morale¹⁶⁰⁰. L'ensemble des précisions apportées par la jurisprudence sur ces points mériterait donc d'être consacré.

Ainsi le droit prospectif indiquerait-il que les mentions requises sur la notification sont les suivantes :

- L'identification de l'opération juridique projetée ou ouvrant droit à demander l'agrément : la nature juridique du transfert de prérogatives sociétaires ou les opérations lui étant assimilées¹⁶⁰¹, le nombre de droits sociaux concernés, un prix déterminé ou déterminable, le cas échéant.

- L'identification du demandeur de l'agrément : s'il est une personne physique, ses noms, prénoms et adresse ; s'il est une personne morale, sa forme, sa dénomination, ainsi que son siège

¹⁵⁹⁵ V. *infra* n° 541 et s.

¹⁵⁹⁶ À propos de la généralisation du fait générateur de la procédure d'agrément, v. *supra* n° 272.

¹⁵⁹⁷ V. *supra* n° 276 et s.

¹⁵⁹⁸ Celles-ci permettent d'identifier la personne bénéficiaire de l'opération et de connaître le nombre de titres transmis, ainsi que le prix proposé. V. *supra* n° 309 et s.

¹⁵⁹⁹ V. *supra* n° 309-1.

¹⁶⁰⁰ V. *supra* n° 309-2.

¹⁶⁰¹ V. *supra* n° 276 et s. (à propos de la souscription et de la revendication de la qualité d'associé par le conjoint commun en biens).

social¹⁶⁰².

Il reste à savoir qui doit la signifier et à qui l'adresser.

c. Identifier les parties intéressées par la notification.

422. Plan. Cette identification est fondamentale, spécialement celle du destinataire des informations contenues dans la notification (α). Le cas échéant, si elle n'est pas adressée à la bonne personne, la responsabilité civile de son débiteur et celle de son mandataire sont susceptibles d'être engagées (β).

a. Un destinataire mieux identifié.

423. La société. Des textes du droit positif résultent deux constatations. D'une part, le destinataire de la notification est soit la société et les associés¹⁶⁰³, soit uniquement la société¹⁶⁰⁴. Et, d'autre part, la loi n'établit pas de corrélation entre cet organe et celui compétent pour statuer sur cette demande¹⁶⁰⁵. Cette absence de lien est justifiée : c'est au nom de la société que l'agrément est donné, et non en celui de cet organe¹⁶⁰⁶. La règle contraire serait une cause d'insécurité juridique, obligeant les tiers à vérifier précisément les statuts sur ce point avec, en outre, le risque que cette mention n'y figure pas si leur rédaction est incomplète. Or la jurisprudence a déjà accepté d'engager la responsabilité de certains mandataires pour ne pas avoir adressé la notification au bon destinataire¹⁶⁰⁷.

De lege feranda, afin d'unifier et de sécuriser la procédure d'agrément, un destinataire commun à l'ensemble des structures sociétaires nécessiterait d'être désigné. À cet égard, le choix de la société serait préférable pour trois raisons :

¹⁶⁰² Le texte de droit prospectif pourrait être rédigé de la façon suivante : « [La notification de la demande d'agrément] **contient les mentions précisant la nature de l'opération juridique projetée ou celle donnant droit à cette demande, le nombre de droits sociaux ou de prérogatives sociétaires transférés ou souscrits, leur prix, déterminé ou déterminable le cas échéant. Elle précise également l'identité du demandeur de l'agrément. S'il est une personne physique, ses noms, prénoms, et adresse. S'il est une personne morale, sa forme sociale, sa dénomination, et son siège social.** »

Pour la proposition complète, v. *infra* annexe.

¹⁶⁰³ V. pour la société civile et la SARL, *supra* n° 313 et n° 314.

¹⁶⁰⁴ En présence d'une délégation de pouvoir aux gérants, v. *supra* n° 337-1, et la mention de la société à l'article 1832-2 du Code civil, v. *supra* n° 312. Pour les sociétés par actions, v. *supra* n° 315.

¹⁶⁰⁵ V. également en ce sens, v. JADAUD (B.), « Qui décide de l'agrément à la cession d'actions ? », *JCP E* 2001, p. 1946, *spéc.* n° 7.

¹⁶⁰⁶ Pour plus de précisions sur l'organe compétent pour statuer sur une demande d'agrément, v. *infra* n° 430.

¹⁶⁰⁷ V. *supra* n° .

- D'une part, la SARL, comme les sociétés par actions, sont susceptibles de comporter un grand nombre d'associés ou d'actionnaires rendant difficile, en pratique, une notification individuelle¹⁶⁰⁸.

- D'autre part, cette notification unique n'est pas incompatible avec le fort *intuitu personae* des sociétés de personnes : l'article 1832-2 du Code civil, commun à cette catégorie, mentionne déjà la « société » comme seule destinataire de la notification, et cela, conformément à l'opinion selon laquelle, la société personnifiée est l'incarnation de l'intérêt commun des associés¹⁶⁰⁹. En l'absence de personnalité morale, en revanche, il semble que la solution du droit positif devrait être maintenue, c'est-à-dire, une notification à chaque associé.

- Enfin, dans l'hypothèse d'une délégation du pouvoir d'agréer¹⁶¹⁰, la notification à la société permettrait aux associés d'exercer un contrôle sur la mise en œuvre de l'agrément, par leur délégué¹⁶¹¹. De la sorte, il pourrait être mis à la charge des dirigeants une obligation de les informer de la réception de cette demande¹⁶¹². Le cas échéant, l'inexécution de celle-ci serait susceptible de fonder une action engageant leur responsabilité, surtout s'ils laissent négligemment s'écouler le délai de l'agrément tacite¹⁶¹³. De la même façon, si le destinataire de la notification nécessite d'être connu, son débiteur doit également l'être.

β. Un débiteur identifié.

424. L'associé cédant, ou exceptionnellement, son cessionnaire. D'après la jurisprudence, le débiteur de cette obligation est l'associé cédant¹⁶¹⁴. Toutefois, rien n'interdit au cessionnaire de réaliser la notification à la place de son cocontractant négligent. Il existe par ailleurs une hypothèse particulière : la présence d'une indivision successorale requiert que chaque indivisaire demande, individuellement, son agrément. Constitutive d'une exception par rapport à l'hypothèse générale d'un transfert volontaire des droits sociaux, cette règle nécessite d'être

¹⁶⁰⁸ Pour la SARL : v. C. com., art. L. 223-3.

¹⁶⁰⁹ V. *infra* n° 582.

¹⁶¹⁰ V. *infra* n° 26, n° 160.

¹⁶¹¹ V. en ce sens, HÉMARD (J.), TERRÉ (F.), MABILAT (P.), *Sociétés commerciales*, t. 1, Dalloz, 1972, p. 445, n° 439.

¹⁶¹² V. *infra* n° 336 et s. (droit positif) ; n° 437 (droit prospectif).

¹⁶¹³ Le texte du droit prospectif pourrait être rédigé de la sorte : « [La notification de la demande d'agrément] **est adressée à la société, à l'exclusion de toute autre personne, à charge pour les dirigeants d'en informer les associés.** » Pour la proposition complète, v. *infra* (annexe).

V. également à propos du risque d'un conflit d'intérêts : *supra* n° 353.

¹⁶¹⁴ V. *supra* n° 317.

provisoirement écartée¹⁶¹⁵. Pour le reste, consacrer ces solutions jurisprudentielles semble nécessaire, car elles sont une source de sécurité juridique. De plus, l'indication que le cessionnaire puisse suppléer le cédant créerait, à sa charge, une obligation subsidiaire. De la sorte, les parties seraient contraintes d'être diligentes et, par voie de conséquence, de limiter leurs recours contentieux sur ce fondement¹⁶¹⁶. Elles devraient ainsi veiller à ce que la notification soit réalisée avant de conclure leur contrat.

d. Maintenir l'exigence d'une notification préalable au transfert des droits sociaux.

425. Un caractère préalable doublement justifié. *De lege lata*, la notification du projet de transfert peut être réalisée sans délai, la seule exigence légale étant que la décision d'agrément soit rendue préalablement au transfert des droits sociaux. En droit prospectif, cette exigence serait reprise car elle est doublement justifiée¹⁶¹⁷.

- D'une part, elle oblige à suspendre la réalisation de certaines opérations, telle la fusion-absorption d'un associé, dont les effets sont incompatibles avec la procédure d'agrément¹⁶¹⁸.

- Et, d'autre part, ce caractère préalable est également conforme à la pratique, où les cessions fermes, avant agrément, sont rares en raison du risque d'être remises en cause par un refus.

Cette exigence serait également impérative, sans possibilité d'être régularisée par un formalisme de substitution comme, par exemple, une participation des associés à la signature de l'acte de cession¹⁶¹⁹. En dépit des critiques formulées à l'encontre d'une telle rigueur, celle-ci mériterait d'être maintenue.

2. Consacrer l'impérativité du formalisme de la notification.

426. Une impérativité justifiée par la finalité de chaque règle procédurale. La

¹⁶¹⁵ V. *infra* n° 456.

¹⁶¹⁶ Le texte du droit prospectif pourrait être rédigé comme suit : « [La notification de la demande d'agrément] doit être signifiée par un acte extrajudiciaire ou par une lettre recommandée avec une demande d'accusé de réception, **à la diligence du cédant. Le cas échéant, le cessionnaire peut le suppléer.** »

¹⁶¹⁷ Le texte du droit prospectif pourrait être le suivant : « [La notification de la demande d'agrément] doit être signifiée **préalablement à l'opération projetée**, par un acte extrajudiciaire ou par une lettre recommandée avec une demande d'accusé de réception, à la diligence du cédant. Le cas échéant, le cessionnaire peut le suppléer. » Pour la proposition complète, v. *infra* annexe.

¹⁶¹⁸ V. *supra* n° 326.

En outre, cette exigence est conforme à la sanction qui sera proposée du défaut de notification : l'inopposabilité du transfert réalisé à la société (v. *infra* n° 632). Puisque l'agrément est une condition suspensive de l'existence de la convention, l'opération en question lui est donc inopposable tant que cette modalité ne s'est pas réalisée.

¹⁶¹⁹ V. *supra* n° 305.

jurisprudence ne transige pas avec l'impérativité de la procédure d'agrément. Si sa position est discutée dans des hypothèses où un formalisme de substitution pourrait être admis, cette rigueur est néanmoins justifiée. Qu'il s'agisse des règles encadrant la notification ou, plus généralement, celles ayant trait à la décision sociale¹⁶²⁰, chacune d'elles a une fonction précise et vocation à protéger un intérêt particulier. Ainsi la notification ne peut-elle être remplacée par un autre acte car, à compter de sa réalisation court le délai de l'agrément tacite. Admettre une formalité de substitution serait dangereux ; cela reviendrait à modifier ses finalités, à la fois protectrice et sanctionnatrice. S'il est permis de douter de cette rigueur au regard des textes actuels, le droit prospectif reprendrait explicitement cette exigence jurisprudentielle à l'égard de toutes les sociétés, et l'accompagnerait de sanctions adaptées afin de renforcer l'ordre public de l'agrément¹⁶²¹. De même, ce nouveau droit unifierait certains effets de la notification réservés jusqu'alors à quelques sociétés seulement.

B. Affirmer les effets de la notification.

427. La généralisation d'effets existants. La notification produit deux effets : un principal, commun à l'ensemble des sociétés à l'exception de la SNC et de la commandite simple, et un autre, secondaire, propre à la SARL. Leur ensemble nécessiterait pourtant d'être généralisé *de lege feranda*.

- En premier lieu, l'effet principal de la notification est le même pour presque toutes les sociétés : elle est le point de départ de la computation du délai pour statuer, et dont l'écoulement est sanctionné, le cas échéant, par l'octroi d'un agrément tacite au profit de son demandeur. Cette sanction garantit l'associé cédant contre une société dont la manœuvre consisterait à ignorer volontairement la notification afin qu'il ne puisse céder ses droits¹⁶²².

- En second lieu, un effet spécifique existe uniquement dans le cadre de la SARL : celui de mettre à la charge du gérant l'obligation de convoquer l'assemblée des associés, dans un délai de huit jours. Mais cet effet ne se rattache pas exclusivement à la SARL. Il serait intéressant d'étendre cette protection à l'ensemble des sociétés, d'autant plus qu'en droit prospectif, la société serait le destinataire unique de la notification. Or cette généralisation aurait pour

¹⁶²⁰ V. *supra* n° 302 (notification), n° 391 (délai).

¹⁶²¹ Pour les sanctions de la procédure d'agrément, v. *infra* n° 559.

¹⁶²² Pour plus de détails à propos de cette sanction, v. *infra* n° 601.

Le législateur ne l'a toutefois pas instituée dans le cadre de la SNC et de la commandite simple afin de préserver la force de leur *intuitu personae* ; le cédant ne bénéficiant pas, par ailleurs, d'un droit au rachat de ses parts. Au contraire, en droit prospectif, le dispositif du refus d'agrément leur serait généralisé afin que le cédant puisse quitter la société, mais une sanction différente se substituerait à celle de l'agrément tacite, en raison de la rigueur de l'engagement indéfini et solidaire attaché à ces sociétés.

conséquence de supprimer la signification personnelle qui existe parfois actuellement à leur profit¹⁶²³. Afin de contrer cette suppression, il a été proposé de mettre à la charge du gérant une obligation d'information lors de la réception d'une demande d'agrément¹⁶²⁴. Cette charge se justifie aisément. Le gérant, ou plus généralement, les dirigeants, sont les représentants légaux de la société à l'égard des tiers. Il leur appartient d'être l'intermédiaire entre ces derniers et les associés. Ainsi, l'obligation de convoquer l'assemblée compléterait cette première obligation d'information, lorsque les associés n'ont pas délégué leur pouvoir d'agréer. Plus généralement, cette obligation aurait pour objet de convoquer tout organe décisionnel auquel l'assemblée des associés a délégué son pouvoir¹⁶²⁵. Le cas échéant, la négligence des dirigeants engagerait leur responsabilité. Et même, si leur intention était malveillante et qu'ils ne cherchaient qu'à obtenir le bénéfice de l'agrément tacite, le transfert de la sorte réalisé pourrait être annulé sur le fondement de la fraude¹⁶²⁶.

Ces deux effets résultant du droit positif seraient donc retenus¹⁶²⁷. Les dirigeants apparaîtraient, alors, comme les gardiens du formalisme de la procédure d'agrément ; sa technicité étant particulièrement complexe s'agissant de la décision statuant sur cette demande.

III. Sécuriser la décision de la société.

428. Plan. Afin de limiter le contentieux lié à la remise en cause de cette décision, ses modalités d'adoption nécessitent d'être clarifiées (A) et ses caractéristiques affirmées (B).

A. Clarifier ses modalités d'adoption.

429. Plan. Ces modalités génèrent quelques incertitudes lorsqu'il s'agit d'identifier le titulaire du pouvoir d'agréer (1) et de déterminer les règles de vote de la décision sociale (2). Dans un objectif de clarification, celles-ci seraient levées et le délai pour rendre cette décision unifié (3). Afin de totalement sécuriser l'adoption de la décision sociale statuant sur une demande d'agrément, la nécessité de la notifier serait généralisée à toutes les sociétés (4).

¹⁶²³ V. *supra* n° 313 et s.

¹⁶²⁴ V. *supra* n° 423.

¹⁶²⁵ Pour la qualité du titulaire du pouvoir d'agréer, v. *infra* n° 437.

¹⁶²⁶ Si toutefois la preuve de cette intention était rapportée, v. *infra* n° 586.

¹⁶²⁷ La proposition pourrait être formulée de la façon suivante : « [La notification de la demande d'agrément] est l'acte à compter duquel commence à courir le délai procédural accordé à la société pour statuer. La notification doit respecter les formalités suivantes : dans un délai de huit jours à compter de la notification, les dirigeants doivent convoquer l'assemblée générale, ou l'organe social auquel est délégué ce pouvoir. » Pour la proposition complète, v. *infra* annexe.

1. Mieux identifier le titulaire du pouvoir d'agrérer.

430. Plan. En droit positif, ce pouvoir appartient en principe à l'assemblée générale extraordinaire (a) et peut faire l'objet d'aménagements statutaires (b).

a. L'assemblée générale extraordinaire.

431. Un pouvoir propre des associés, quelle que soit la structure de la société. La détermination du décideur de l'agrément se dédouble autour de deux axes : celui du contrat existant entre les associés et celui de l'organisation des pouvoirs au sein de la société.

432. Un pouvoir issu du contrat de société. La nécessité d'agrérer le transfert des droits sociaux a permis de mettre en évidence la survivance du contrat entre les associés, y compris après l'immatriculation de la personne morale, que ses droits soient des parts sociales ou des titres négociables¹⁶²⁸. L'existence de ce contrat se manifeste surtout lorsque chacun a fait du choix des autres associés, un élément déterminant de son engagement¹⁶²⁹. Or la volonté exprimée par l'un d'eux de quitter la société bouleverse le pacte social, spécialement en cas de cession. L'octroi de l'agrément autorise précisément cette modification. Dès lors, puisqu'il a pour effet de modifier le contrat, l'agrément intéresse avant tout les parties à celui-ci. Réunissant les associés, la compétence de l'assemblée générale pour en décider semble ainsi naturelle, et plus précisément, l'assemblée générale extraordinaire en présence d'une société par actions.

433. Un pouvoir issu d'un contrat organisation. En outre, il a été souligné que le contrat en question s'analysait comme un contrat-organisation¹⁶³⁰. Cette dernière dimension se traduit par la nécessité d'organiser la société autour de différents pouvoirs (décider, gérer, contrôler) afin de réaliser l'objet social. Le plus souvent institués par la loi, les organes sociaux se répartissent leur exercice. Mais en l'absence de précision légale, une orientation simple peut aider à déterminer l'attribution d'un pouvoir : il convient de s'interroger sur la qualité de l'organe social y trouvant un intérêt, au moins partiel. En effet, le pouvoir est : « [une] prérogative qui permet à son titulaire d'exprimer un intérêt au moins partiellement distinct du sien par l'émission d'actes juridiques unilatéraux contraignants pour autrui »¹⁶³¹.

Or, si l'agrément est une expression de la volonté sociale, il s'attache aussi à l'intérêt commun des associés car il touche précisément à la titularité de cette qualité. Ce pouvoir devrait dès lors

¹⁶²⁸ V. *supra* n° 156 et s.

¹⁶²⁹ Pour les effets de l'*intuitu personae* sur la structure du contrat, v. *supra* n° 20.

¹⁶³⁰ V. *supra* n° 161 et s.

¹⁶³¹ GAILLARD (E.), *Le pouvoir en droit privé*, préf. G. Cornu, Economica, coll. Droit civil, 1985, p. 232.

être attribué principalement aux assemblées générales, premières intéressées par la composition de leur cercle. Mais il se peut, aussi, que la collectivité des associés en soit désintéressée, et que cette qualité intéresse, plus précisément, des personnes détenant à la fois cette qualité et d'autres fonctions sociales. Alors la délégation de ce pouvoir se justifie parfaitement : le pouvoir d'agréer suit en quelque sorte l'organe pour qui il présente le plus d'intérêt. La loi ayant pris le parti de déterminer l'attribution de ce pouvoir, ce principe et son exception devrait logiquement se retrouver dans les textes du droit positif.

434. La critique du droit positif. Pourtant, celui-ci est toujours symptomatique d'un clivage entre les sociétés dont les droits sociaux sont des parts sociales et celles dont les droits sont des titres négociables. La législation des premières est cohérente. Le pouvoir de statuer sur une demande d'agrément appartient aux associés. Certaines d'entre elles, comme la société civile et la SARL, autorisent toutefois les associés à déléguer ce pouvoir aux gérants¹⁶³². Cette attribution de principe est donc conforme à la logique décrite.

En revanche, s'agissant des sociétés par actions, les dispositions propres à chaque société ne comportent aucune précision, à l'exception implicite de la SAS¹⁶³³. Cette absence ne choque pas, *a priori*, compte tenu de la liberté dont la plupart de ces sociétés dispose pour organiser leurs pouvoirs, à l'exception de la société anonyme. Mais, avant tout, il convient de vérifier le droit commun des actions, et plus précisément, les articles L. 228-23 et L. 228-24 du Code de commerce. Or, si leur lecture apporte quelques réponses, elle suscite également des questions tant leurs lettres semblent contradictoires. Il serait tentant d'y reconnaître l'absence d'exhaustivité de la liste faite par l'article L. 228-24 pour décider du refus d'agrément. Cependant, cette analyse est incertaine, car les juridictions s'emploient majoritairement à interpréter, littéralement, les dispositions relatives à la procédure d'agrément¹⁶³⁴. La compétence de principe de l'assemblée, telle qu'affirmée par la Cour de cassation, pourrait ne correspondre qu'à la mention de « la société » figurant à l'article L. 228-23, ou se limiter au cas d'espèce ayant donné lieu à cette affaire¹⁶³⁵.

435. De lege feranda. Le droit positif n'est pas satisfaisant car il recèle trop d'incertitudes, porteuses d'insécurité juridique. Afin de clarifier le régime de l'agrément, conférer une compétence de principe à la collectivité des associés serait souhaitable pour trois raisons.

¹⁶³² V. *infra* n° 336 et n° 337.

¹⁶³³ À défaut de précision de l'article L. 227-14, il est possible d'appliquer le texte plus général conférant un vaste pouvoir au président, v. *supra* n° 348.

¹⁶³⁴ V. *supra* n° 304.

¹⁶³⁵ Pour plus de détails, v. *supra* n° 343.

- D'une part, l'habilitation de l'assemblée générale en tant qu'organe titulaire du pouvoir d'agrément est justifiée par la nature des rapports entre les associés, dont seule une analyse contractuelle justifie la présence de l'*intuitu personae*¹⁶³⁶. Selon cette conception classique, il est compréhensible que les associés soient considérés comme les maîtres de la société¹⁶³⁷, et qu'ils aient une parfaite maîtrise de la composition de leur cercle¹⁶³⁸. Comme l'exprimait Ripert, la société n'a qu'une apparence humaine ; elle est en réalité un robot articulé par les associés, principalement¹⁶³⁹. Mais ces personnes ne peuvent correctement le contrôler si elles ne s'entendent pas, à commencer sur la définition de leur intérêt commun¹⁶⁴⁰. Leur redonner le pouvoir de choisir les membres de leur groupe permettrait donc de leur donner les moyens de pérenniser l'activité sociale. Cette affirmation n'est, néanmoins, concrètement envisageable, que pour les petites structures. Lorsque leur nombre est trop important, il leur appartiendrait de déléguer ce pouvoir¹⁶⁴¹. Dans les structures de plus grande importance où l'*intuitu personae* est délité, il serait attribué au conseil d'administration composé par les actionnaires majoritaires, en d'autres termes, à l'organe social qui aurait intérêt à détenir le pouvoir d'agrément¹⁶⁴².

- D'autre part, confier ce pouvoir à l'assemblée générale unifierait le régime de l'agrément entre les sociétés par actions et les sociétés dont les droits sociaux sont des parts sociales, et même, plus généralement, avec les sociétés réglementées pour lesquelles le pouvoir d'agrément est détenu par les associés y exerçant leur profession. Ainsi, dans toutes les sociétés, le pouvoir d'agrément serait détenu *de lege feranda* par l'assemblée générale, sauf si les associés choisissaient de déléguer ce pouvoir à un autre organe social.

¹⁶³⁶ V. *supra* n° 12, n° 161.

¹⁶³⁷ Cette affirmation doit toutefois être nuancée au regard de la structure spécifique de la société anonyme, laquelle confère le pouvoir au conseil administration (C. com., art. L. 225-35, al. 1^{er} : « Le conseil d'administration détermine les orientations de l'activité de la société et veille à leur mise en œuvre ». Dans les structures dualistes, le conseil de surveillance a un statut proche de celui du conseil d'administration.

¹⁶³⁸ *Comp.* GERMAIN (M.), avec le concours de MAGNIER (V.), *Traité de droit commercial de G. Ripert et R. Roblot, Les sociétés commerciales*, t. 1, vol. 2, L.G.D.J., coll. Traité, 21^{ème} éd., 2014, p. 300, n° 1918, critiquant cette conception parce qu'elle impose une forme démocratique à la société.

¹⁶³⁹ V. *supra* n° 158 et s.

Également en ce sens : SCHMIDT (D.), *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme, version nouvelle*, Joly éd., 2004, p. 24, n° 16 : « La personne morale a une volonté, celle des actionnaires et des dirigeants. Les dirigeants gèrent le patrimoine de la personne morale dans l'optique de la satisfaction de l'intérêt défini par les actionnaires. Quel que soit cet intérêt, celui des actionnaires ou celui de l'entreprise ou celui de l'être moral, les dirigeants ne peuvent rien décider qui, avantageant certains actionnaires, lèse les autres. Les actionnaires, selon les cas, définissent la stratégie sociale ou se contentent de placer, de renouveler ou de retirer leur confiance aux dirigeants ».

¹⁶⁴⁰ SCHMIDT (D.), *op. cit.*, p. 11, n° 11, distinguant l'intérêt commun de l'intérêt social. L'intérêt commun « se compose de deux éléments : la recherche du profit social et son partage entre les actionnaires ». Tandis que l'intérêt social serait l'intérêt de l'entreprise : « Dans cette approche, la société doit être gouvernée non point seulement pour la réalisation d'un profit à partager entre les actionnaires, mais aussi pour la promotion des intérêts catégoriels qui se rencontrent, s'abordent et se heurtent dans l'entreprise : intérêts des salariés, des fournisseurs, des clients, des banques, du fisc, et d'autres encore ».

¹⁶⁴¹ V. *infra* n° 437.

¹⁶⁴² V. *supra* n° 433.

- Enfin, consacrer la compétence de l'assemblée générale aurait une dernière conséquence : celle d'exclure la possibilité de confier ce pouvoir à un tiers¹⁶⁴³. En dépit de cette limite, les associés pourraient tout de même aménager leur délégation de pouvoir, par exemple, en associant un autre organe à cette décision, ou en anticipant d'éventuels conflits d'intérêts¹⁶⁴⁴.

b. Autoriser les aménagements du pouvoir d'agréer.

436. Plan. L'attribution d'un pouvoir suppose qu'il puisse être aménagé, par une délégation (α) ou par la prévention d'éventuels conflits d'intérêts (β).

a. Une délégation de pouvoir.

La nature du pouvoir d'agréer ne s'oppose pas à ce que son titulaire en confie l'exercice. Aucun obstacle légal ne s'y oppose davantage¹⁶⁴⁵. La délégation ainsi réalisée s'analyse comme un mandat, « acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom »¹⁶⁴⁶. Cette définition indique qu'il s'agit du pouvoir d'une personne donné à une autre. Or, en l'occurrence, ce n'est pas une personne mais un organe social qui donne ce pouvoir. Dès lors, par analogie, ce titulaire doit-il le donner nécessairement à un autre organe social ? En outre, l'opportunité de mettre à sa charge une obligation d'information au profit de son déléguant sera analysée, dans l'éventualité d'un refus d'agrément.

437. À qui déléguer. Cette délégation est utile car la relation contractuelle existante entre les associés n'est pas toujours marquée par un *intuitu personae* d'une force égale. Dans les petites

¹⁶⁴³ V. cette exclusion à propos d'héritiers non-agrérés : Cass. 3^{ème} civ., 8 novembre 2015, n° 13-27.248 (FS-P+B), Société du Musée c/ Henry, *Rev. sociétés* 2016, p. 175, note (L.) GODON. V. également à propos du liquidateur : Cass. com., 12 mai 2004, UNFOHLM c/ SA Trois Moulins Habitat, *Bull. civ.* 2004, IV, n° 95 ; *Bull. Joly Sociétés* 2004, p. 1257, note (A.) CONSTANTIN ; *Rev. sociétés* 2004, p. 940, note (Th.) BONNEAU ; *RTD com.* 2004, p. 540, note (P.) LE CANNU ; *JCP E* 2004, p. 1512, note (H.) LÉCUYER ; v. supra n° 343-1.

¹⁶⁴⁴ Le texte de droit prospectif pourrait être le suivant : « **Tout organe social disposant d'un pouvoir décisionnel peut statuer sur une demande d'agrément. En l'absence de précision statutaire, la compétence de principe appartient à l'assemblée générale extraordinaire. Lorsque la société est spécialement réglementée, les associés votants doivent exercer leur profession en son sein.** » Pour la proposition complète, v. *infra* annexe.

¹⁶⁴⁵ V. toutefois les interrogations actuelles sur la possibilité de déléguer ce pouvoir dans certaines sociétés, v. *supra* n° 334 et s., n° 354 et s.

¹⁶⁴⁶ C. civ., art. 1984.

En ce sens, v. not. Cass. com., 5 juillet 2016, n° 14-23.904, n° 654 FS-D, qualifiant les liens entre la société et le dirigeant de contrat de mandat : « M. X... a agi au détriment de l'intérêt social ; qu'il retient enfin que ces agissements sont constitutifs d'actes déloyaux contraires aux intérêts communs de la société Europcar et de l'actionnaire ainsi qu'aux dispositions de son contrat de mandat, selon lesquelles il devait faire tout son possible afin de promouvoir et développer l'activité de la société en exerçant ses fonctions avec discernement, attention et loyauté et en veillant à servir les intérêts de la société et du groupe Europcar ; que de ces constatations et appréciations, la cour d'appel, sans dénaturation ni méconnaissance de l'objet du litige et sans être tenue de suivre les parties dans le détail de leur argumentation, a pu déduire que le comportement de M. X... rendait impossible son maintien dans les fonctions de directeur général et constituait une faute grave » (nous le soulignons).

Adde MOULIN (J.-M.), « La vie des délégations de pouvoir dans l'entreprise », *Bull. Joly Sociétés* 2012, n° 10, p. 745.

structures, ce mandat sera confié aux dirigeants, lesquels cumulent souvent la qualité d'associé. L'hypothèse classique est celle du fondateur d'une entreprise qui a cédé une partie de ses droits sociaux à ses enfants en vue de sa transmission. Mais jusqu'à son départ, il souhaite conserver le pouvoir de décider qui détiendra la qualité d'associé. Les rapports entre ces derniers sont certes marqués par l'*intuitu personae* de leur relation familiale, mais uniquement parce que le fondateur en a décidé ainsi. Dans les structures de plus grande importance, la délégation vise à pallier le fait que les actionnaires cherchent à réaliser un placement lucratif, plutôt que de participer à l'entreprise sociétaire. En pratique, le pouvoir de statuer sur une demande d'agrément sera transféré à l'organe social le plus intéressé par cette question, là où, par exemple, les associés fondateurs exercent la direction de la société. Cependant, la qualité du mandataire interroge. Ce mandat peut-il être valablement donné à n'importe quel organe social, voire à n'importe qui ?

À l'occasion d'une affaire traitant de la liquidation d'une société, la Cour de cassation a jugé que son liquidateur ne pouvait valablement décider de l'agrément¹⁶⁴⁷. Ce rejet est logique pour trois raisons. D'une part, le liquidateur ne faisait pas partie du sociétariat. D'autre part, en plus de contrevenir à l'effet relatif des contrats, lui accorder ce pouvoir aurait contredit la finalité de l'agrément. Enfin, la définition du pouvoir suppose que son titulaire dispose de l'aptitude à émettre des actes juridiques unilatéraux contraignants pour autrui¹⁶⁴⁸. Or la loi des procédures collectives ne lui donne pas une telle aptitude¹⁶⁴⁹. Il s'en déduit plus largement qu'un tiers ne peut valablement recevoir le pouvoir d'agréer.

Combiné avec les textes de la SARL et de la société civile autorisant cette délégation au profit de la gérance, cet arrêt met en évidence le fait que seul un organe social peut bénéficier de ce pouvoir¹⁶⁵⁰. Mais, encore faut-il s'entendre sur la définition de cet organe. Celui-ci peut s'analyser comme : « [...] une autorité permanente du corps social, tels que les conseils d'administration et de surveillance, les assemblées délibérantes et les personnes chargées de la direction ou du contrôle des comptes »¹⁶⁵¹, instituée par la loi ou les statuts.

Selon le Professeur Schmidt, il s'ajoute à cette liste la minorité des associés, car celle-ci exprime l'intérêt de la collectivité à travers son action¹⁶⁵². À la suite de cette opinion, pourrait-il être envisagé de lui attribuer le pouvoir d'agréer ? Le pouvoir est certes l'expression d'un intérêt distinct de celui de son titulaire, mais il suppose, aussi, l'aptitude de ce dernier à émettre des actes

¹⁶⁴⁷ V. *supra* n° 343-1.

¹⁶⁴⁸ GAILLARD (E.), *Le pouvoir en droit privé*, préf. G. Cornu, Economica, coll. Droit civil, 1985, p. 232.

¹⁶⁴⁹ V. *supra* n° 433.

¹⁶⁵⁰ V. *supra* n° 343-1, 354.

¹⁶⁵¹ SCHMIDT (D.), *Les droits de la minorité dans la société anonymes*, préf. J.-M. Bischoff, Sirey, 1969, p. 195, n° 257.

¹⁶⁵² *Ibid.*

juridiques contraignants pour autrui. Si la minorité dispose d'un pouvoir d'agir au sein des assemblées, son action prend fin avec elles, sauf si la décision adoptée est l'expression de son opinion. Cette décision n'émane alors pas de la minorité, mais de l'assemblée dominée par cette dernière.

De ces propos, il résulte que seuls les organes sociaux disposant d'un pouvoir décisionnel, contraignant pour autrui, sont aptes à bénéficier d'une délégation de pouvoir. Il leur appartiendrait, en droit prospectif, d'informer les associés de l'éventualité d'un refus d'agrément.

438. Une obligation d'information à la charge du délégataire de l'éventualité d'un refus d'agrément. Dans l'hypothèse de cette délégation en droit positif, il existe une obligation spéciale à la charge du gérant d'une société civile, lorsqu'un refus d'agrément est envisagé. Celui-ci doit, préalablement à cette décision, informer les associés de ce projet, ainsi que des conséquences légales et statutaires engendrées par cette décision¹⁶⁵³.

En raison de son importance et du coût financier que peut impliquer un refus d'agrément, cette obligation d'information pourrait être généralisée dans le cadre du droit prospectif, à l'ensemble des sociétés ; que le pouvoir d'agrément soit délégué aux gérants, ou à un autre organe décisionnel¹⁶⁵⁴. Rien n'empêcherait alors que les associés s'opposent à cette décision ; cette opposition s'analysant comme un droit de veto légal¹⁶⁵⁵.

Par ailleurs, dans la lignée de ce raisonnement, pourquoi ne pas instituer une telle obligation avant que l'agrément ne soit accordé ? Si l'information d'un éventuel refus se justifie par ses lourdes conséquences financières, imposer légalement une obligation dans l'hypothèse inverse irait à l'encontre du pouvoir accordé par les associés au gérant. En effet, si celui-ci doit toujours obtenir leur accord, même tacitement avant de décider, quelle serait l'utilité de lui déléguer ce pouvoir ? Il n'appartient pas à la loi de porter atteinte à cette délégation, mais plutôt aux statuts de prévoir des mécanismes de contrôle, voire, de prévenir certains conflits d'intérêts.

β. Un aménagement préventif des conflits d'intérêts.

439. Un silence délibéré du droit prospectif. Comme le souligne Monsieur le Professeur Couret, « le conflit d'intérêt a sa part d'éternité »¹⁶⁵⁶. Il existait déjà hier et il existera encore demain.

¹⁶⁵³ V. *supra* n° 336-1.

¹⁶⁵⁴ Le texte de la proposition pourrait être formulé de la façon suivante : « L'assemblée générale extraordinaire peut déléguer sa compétence à un autre organe social, lequel a l'obligation de l'informer avant de refuser l'agrément, des conséquences de ce choix. » Pour la proposition complète, v. *infra* (annexe).

¹⁶⁵⁵ V. *supra* n°379-3 (droit de veto conféré aux commandités par la loi).

¹⁶⁵⁶ COURET (A.), « Rapport de synthèse », in *Les conflits d'intérêts*, *RJ com.* hors-série, 2006, p. 117, *spéc.* p. 118.

Bien avant que ce sujet ne soit d'actualité¹⁶⁵⁷, le droit commun des contrats donnait quelques armes utiles pour le contrer : bonne foi, devoir de loyauté, abus de droit, fraude etc. Mais il s'agit là surtout de sanctions. Dans un but préventif, de nombreux textes spéciaux, en tout domaine, ont été édictés. Le droit des sociétés n'est pas en reste et connaît lui aussi un certain nombre de restrictions visant à maîtriser ces conflits¹⁶⁵⁸. À cet égard, le régime de l'agrément censure le droit de vote de l'associé dans deux hypothèses seulement, alors même que les conflits sont, de façon générale, récurrents, et pour certains, d'une gravité supérieure à ceux visés par ces textes¹⁶⁵⁹. À l'instar de la réflexion générale existant à propos des conflits d'intérêts, ne serait-il pas judicieux d'édicter un seul texte visant à les prévenir¹⁶⁶⁰ ?

La réponse à cette question est négative. Leur traitement relève de la liberté contractuelle car il existe autant de conflits d'intérêts possibles, que de configurations du sociétariat. Édicter un principe général risquerait de bouleverser les équilibres internes et de parvenir à des blocages¹⁶⁶¹. Les moyens préventifs choisis seront donc fonction des rapports de force en présence, des ententes entre les majoritaires et les minoritaires. Mais également, de l'intérêt qu'ils assujettissent à leur groupement, le conflit étant répréhensible dès lors qu'un intérêt personnel prend le dessus sur ce dernier.

Afin de démontrer cette contrariété, encore convient-il de s'entendre sur la définition de l'intérêt social, lequel peut se confondre avec l'intérêt commun des associés¹⁶⁶². Celui-ci se compose de deux éléments : « la recherche du profit social et son partage »¹⁶⁶³ entre les associés. Lorsque l'objet social consiste à gérer une entreprise, il prend toutefois une autre dimension : l'intérêt social prendrait alors le dessus sur l'intérêt commun, il engloberait non seulement

¹⁶⁵⁷ DONDERO (B.), « Le traitement juridique des conflits d'intérêts : entre droit commun et dispositifs spéciaux », *D.* 2012, p. 1686.

¹⁶⁵⁸ V. les références citées par : SCHMIDT (D.), *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme, version nouvelle*, Joly éd., 2004, MERLE (Ph.), avec la collaboration de FAUCHON (A.), *Droit commercial, Sociétés commerciales*, Dalloz, coll. Précis, 20^{ème} éd., 2017, p. 489, n° 449 (à propos des conventions réglementées).

¹⁶⁵⁹ V. *supra* n° 384.

Pour d'autres hypothèses de censure du droit de vote en droit des sociétés, v. MERLE (Ph.), avec la collaboration de FAUCHON (A.), *op. cit.*, p. 388, n° 366.

¹⁶⁶⁰ V. notamment, en droit commun: CUIF (P.-F.), « Le conflit d'intérêts – essai sur la détermination d'un principe juridique en droit privé », *RTD com.* 2005, p. 1. En droit des sociétés : SCHMIDT (D.), « Essai de systématisation des conflits d'intérêts », *D.* 2013, n° 7.

¹⁶⁶¹ Pour quelques exemples : v. *supra* n° 353, n° 382.

¹⁶⁶² C. civ., art. 1833 : « Toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés ».

*Add*e CONSTANTIN (A.), « L'intérêt social : quel intérêt ? », in *Etudes offertes à Barthélémy Mercadal*, éd. Francis Lefebvre, 2002, p. 315.

¹⁶⁶³ SCHMIDT (D.), *op. cit.*, p. 11, n° 11: « Nul ne soutient qu'une telle résolution n'est pas conforme à l'intérêt social au motif qu'elle a été adoptée par les actionnaires en considération de leur intérêt. Cette résolution est conforme à l'intérêt social parce qu'elle a été adoptée par les actionnaires qui poursuivent la satisfaction de leur intérêt. L'intérêt social est l'intérêt des actionnaires ».

l'intérêt des associés, mais aussi celui de l'ensemble de ses parties prenantes que sont les salariés, les créanciers, les clients, et même l'État¹⁶⁶⁴.

Deux situations doivent toutefois être distinguées selon l'envergure de l'entreprise sociétaire. Si les associés sont également dirigeants, leur intérêt à percevoir des bénéfices issus de l'activité se superpose avec celui de l'entreprise. La pérennisation de celle-ci leur imposera, peut-être, de ne pas distribuer de dividendes, mais leur intérêt commun ne sera pas pour autant sacrifié car celui-ci s'inscrit dans la continuité de l'activité sociale. Mais si le sociétariat se scinde de la direction, cette figure, souvent présente dans les sociétés anonymes, est prédisposée à la formation d'une lutte de pouvoirs entre ces deux pôles ; l'affirmation d'un intérêt social conçu comme l'intérêt de l'entreprise confère au pouvoir managérial un moyen légitime de se libérer du contrôle et de l'orientation dictée par le pouvoir financier¹⁶⁶⁵. Au cœur de cette lutte, l'agrément peut se révéler être une arme efficace : pour renforcer une minorité hostile aux managers, ou au contraire, pour asservir une assemblée docile. La liberté contractuelle exprimera alors son ingéniosité : pour désigner une compétence alternative, pour attribuer un droit de veto, voire, peut-être, créer un nouvel organe social spécialement destiné à cette tâche¹⁶⁶⁶. Sa seule limite résidera toutefois dans le respect de l'ordre public¹⁶⁶⁷, spécialement s'agissant de l'exercice du droit de vote.

2. Unifier les règles de vote de l'agrément.

440. Un vote aux conditions requises pour modifier les statuts, avec la possibilité de requérir une majorité plus forte, voire l'unanimité. Le vote favorable à une demande d'agrément a pour effet de modifier le pacte sociétaire, par l'entrée d'un tiers ou l'accroissement de la participation d'un associé. Son exercice devrait dès lors requérir les mêmes conditions qu'une modification statutaire. Or le droit positif dément cette logique pour certains types de sociétés, car le législateur a influé sur les modalités de vote en fonction de l'importance qu'il souhaitait accorder à l'*intuitu personae* : le seuil légal du vote de l'agrément est ainsi soit plus élevé,

¹⁶⁶⁴ V. en ce sens : PAILLUSSEAU (J.), *La société anonyme, Technique d'organisation juridique de l'entreprise*, Sirey, coll. Bibliothèque de droit commercial, 1967 ; - , « Le droit moderne de la personnalité morale », *RTD civ.* 1993, p. 705 ; - « Entreprise, société, actionnaires, salariés, quels rapports », *D.* 1999, chron. p. 165.

¹⁶⁶⁵ V. en ce sens : SCHMIDT (D.), *op. cit.*, p. 16, n° 12 : « Les dirigeants prônent volontiers l'assimilation de l'intérêt social - intérêt de l'entreprise car elle aménage en leur faveur le rapport de forces entre pouvoir managérial et pouvoir financier : elle conduit à un sensible accroissement de leurs pouvoirs et à une réduction corrélative du contrôle des actionnaires. Les dirigeants font valoir qu'ils sont les seuls détenteurs des informations complètes relatives aux activités et à la marche de l'entreprise. Ils en concluent qu'ils sont les seuls en mesure d'apprécier l'intérêt de l'entreprise et donc l'intérêt social ».

¹⁶⁶⁶ Pour des exemples, v. *supra* n° 352, n° 376 et s.

¹⁶⁶⁷ DDHC, art. 4 : « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi ».

soit plus faible, en fonction des circonstances¹⁶⁶⁸. En outre, un second facteur de complication réside dans le fait que la loi lie parfois les conditions de vote aux faits générateurs de l'agrément, ou à la qualité de ses bénéficiaires.

Tel est le cas des textes de la SARL qui distinguent les transmissions des cessions, et différencient au sein des secondes celles faites au profit du conjoint, des ascendants ou des descendants d'un associé, de celles conclues entre associés¹⁶⁶⁹. En outre, la rédaction de l'article L. 223-13 du Code de commerce est très maladroite. Celui-ci concerne les cessions faites aux proches et les transmissions par voie de succession ou de liquidation de la communauté de biens entre époux, et renvoie à l'article L. 223-14 du même Code, s'appliquant aux cessions faites aux tiers, en indiquant que : « [...] la majorité exigée ne peut être plus forte que celle prévue audit article ». Cependant, cet article L. 223-14 dispose précisément que l'agrément est donné : « [...] avec le consentement de la majorité des associés représentant au moins la moitié des parts sociales, à moins que les statuts prévoient une majorité plus forte ». La technicité a semble-t-il atteint là des sommets de sophistication¹⁶⁷⁰.

441. *De lege feranda.* Au regard de l'objectif constitutionnel d'intelligibilité de la loi, force est de constater l'inadaptation de cette législation. Comment le profane peut-il réussir à comprendre ces dispositions si, *a fortiori*, le spécialiste doute de leur compréhension ? La façon la plus simple d'y remédier consisterait non seulement à supprimer les corrélations inutilement faites entre la règle de majorité et les diverses spécificités du domaine de l'agrément, mais aussi à unifier cette majorité par l'énoncé d'un principe directeur. Celui-ci se détermine aisément au regard de la nature du vote de l'agrément : celle d'une modification statutaire. La majorité requise serait, de la sorte, conforme à celle exigée pour modifier les statuts selon chaque type sociétaire¹⁶⁷¹. Le cas échéant, si les associés estiment cette majorité trop élevée, ou trop faible, il leur appartiendra de l'aménager en fonction de ce qu'autorise la loi de chaque type sociétaire.

441-1. L'hypothèse de la SNC. Elle suscite une réflexion car l'unanimité du vote était jusque-là requise en vertu de la force de son *intuitu personae*. Or le vote à la majorité ne risque-t-il pas de

¹⁶⁶⁸ Un seuil plus élevé existe pour la SNC (v. *supra* n° 365), tandis qu'un seuil plus faible existe pour la SARL (v. *supra* n° 368-4).

¹⁶⁶⁹ Pour le premier type, le vote peut être réalisé aux mêmes conditions que celui d'une cession faite aux tiers, sans possibilité de stipuler une majorité plus forte ; tandis que pour le second, l'agrément peut être voté aux mêmes conditions qu'un tiers, mais avec la possibilité de stipuler une majorité plus faible. Pour plus de détails, v. *supra* n° 368 (cession), n° 388 (transmission).

¹⁶⁷⁰ Le législateur a sans doute voulu ne renvoyer qu'à la proposition impérative de cette disposition relative aux tiers. De la sorte, la proposition selon laquelle, une majorité plus forte que celle-ci ne peut être exigée, apparaît comme étant la plus conforme à la *ratio legis* ; celle-ci visant à favoriser les transmissions familiales dans ces sociétés. V. *supra* n° 368-2.

¹⁶⁷¹ Le texte de la proposition de droit prospectif pourrait être rédigé de la façon suivante : « Tout organe social disposant d'un pouvoir décisionnel peut statuer sur une demande d'agrément. En l'absence de précision statutaire, la compétence de principe appartient à l'assemblée générale extraordinaire, dont le vote nécessite de respecter les modalités requises pour modifier les statuts. Lorsque la société est spécialement régie, les associés votants doivent exercer leur profession en son sein. » Pour la proposition complète, v. *infra* annexe.

porter atteinte à celui-ci, et corrélativement, au gage des créanciers ? Deux arguments permettent de répondre négativement à cette question.

- D'une part, la modification des statuts d'une SNC requiert en principe l'unanimité¹⁶⁷², sauf dispositions statutaires contraires. Mais le texte posant ce principe ne précise pas pour autant quels actes sont concernés par cette exception. Dès lors, en vertu de la liberté ainsi offerte, même des actes modifiant les statuts peuvent être votés à la majorité. Par analogie, et en l'absence de disposition impérative s'y opposant, il en serait de même du vote de l'agrément.

- Et, d'autre part, il existe déjà une règle en ce sens en droit positif : la loi ne prévoit pas l'application de l'unanimité lors du vote de l'agrément des ayants droit de l'associé décédé¹⁶⁷³, alors même que ce vote est tout aussi attentatoire au contrat de société que celui d'un cessionnaire.

Par ailleurs, si l'unanimité est applicable par principe dans le cadre de la SNC, *quid* des autres sociétés ? Afin d'éviter que ne se réitérent des errements rédactionnels comme ceux générés par les textes de la SARL, aucune limite supplétive ne serait indiquée en droit prospectif. Il appartiendrait aux statuts de vérifier les possibilités d'aménagements offertes par chaque structure sociétaire.

441-2. Des difficultés d'application moindre. Les aménagements du droit de vote posent d'innombrables questions relatives aux frontières de l'ordre public sociétaire¹⁶⁷⁴. L'énoncé d'un principe général concernant le vote de l'agrément permettrait de mieux cerner ses limites¹⁶⁷⁵. Les autres règles impératives entourant sa mise en œuvre, notamment celles requises pour réunir l'assemblée, devraient être respectées pour chaque type sociétaire. Il existe toutefois une particularité les concernant lorsqu'un associé décède : la jurisprudence admet que la présence du défunt soit soustraite aux conditions de quorum et de majorité requises de son vivant. Ce point spécifique sera abordé avec les autres particularités liées au décès d'un associé¹⁶⁷⁶. Mais dans cette hypothèse comme dans d'autres, la société devra impérativement se prononcer avant l'expiration d'un certain délai.

¹⁶⁷² C. com., art. L. 221-6 : « Les décisions qui excèdent les pouvoirs reconnus aux gérants sont prises à l'unanimité des associés. Toutefois les statuts peuvent prévoir que certaines décisions sont prises à une majorité qu'ils fixent ».

¹⁶⁷³ V. *supra* n° 389. L'article L. 221-13 du Code de commerce ne vise que les « cessions ».

¹⁶⁷⁴ V. notamment à ce propos : CONSTANTIN (A.), « Réflexions sur la validité des conventions de vote », in *Études en l'honneur de Jacques Ghestin*, L.G.D.J., 2001, p. 253, *spéc.* n° 6 : « [...] la question des conditions de validité de ces conventions est certainement "l'une des plus irritantes du droit français" ».

¹⁶⁷⁵ Ce principe pourrait être le suivant : « **Le vote de l'agrément nécessite de respecter les modalités requises pour modifier les statuts** ». Pour la proposition complète, v. *infra* annexe.

¹⁶⁷⁶ V. *infra* n° 452 et s.

3. Unifier le délai pour statuer sur une demande d'agrément.

442. Un délai de trois mois à compter de la demande d'agrément. Lorsque la loi mentionne l'existence de ce délai¹⁶⁷⁷, sa durée varie d'une société à une autre¹⁶⁷⁸. Ces disparités ne peuvent être maintenues. Elles complexifient inutilement un régime déjà suffisamment pointilleux. Or une même cause devrait emporter un même effet, quelle que soit la structure sociale, quels que soient les faits générateurs de l'agrément ou la qualité de son demandeur : les délais et leurs aménagements devraient être identiques d'une société à une autre, car les enjeux liés à l'agrément peuvent être tout aussi importants pour une SNC qu'une SAS. Cette ligne directrice ne fut toutefois pas adoptée par le législateur pour qui, la différence de degré de *intuitu personae* entre les sociétés influence non seulement la source de l'agrément, mais aussi son régime, à travers le titulaire du pouvoir d'agréer, ses modalités de vote, et jusqu'aux délais pour statuer sur sa demande.

Par conséquent, le choix d'un de ces délais devrait être réalisé en fonction de son adaptabilité à l'ensemble des sociétés, quel que soit son degré supposé d'*intuitu personae*. L'encadrement du délai existant pour la société civile ne serait pas généralisé, car la liberté qu'il offre est trop attentatoire aux finalités de la procédure d'agrément¹⁶⁷⁹. En effet, un délai trop long ne permet vraisemblablement pas au cessionnaire de bénéficier de l'agrément tacite ; son désistement avant l'échéance étant plus probable. Corrélativement, ce long délai ne fait pas non plus peser la menace de cette sanction sur la société. Inversement, permettre à la société de stipuler un délai trop court risque de lui être préjudiciable, si les conséquences de l'ouverture de la procédure d'agrément ont été mal anticipées.

443. De lege feranda. Le dispositif existant pour les sociétés par actions et la SARL semble un juste compromis trouvé par le législateur de 1966, lequel serait, à ce titre, étendu à toutes les sociétés, y compris à la SNC et aux commandites¹⁶⁸⁰. Cependant, la disposition spéciale existante pour la SARL, dans l'hypothèse d'une cession entre associés, ne saurait être maintenue¹⁶⁸¹. En effet, en raison de l'unification préconisée du régime de l'agrément, les distinctions faites selon la qualité de son demandeur devraient être réduites à leur minimum¹⁶⁸². Or cette précision ne semble pas indispensable. Puisque les associés sont censés se connaître, ces derniers statueront,

¹⁶⁷⁷ Aucune précision n'est faite pour la SNC et la société en commandite simple.

¹⁶⁷⁸ En ce sens, v. *supra* n° 393 et s.

¹⁶⁷⁹ V. *supra* n° 393.

¹⁶⁸⁰ V. *supra* n° 394.

¹⁶⁸¹ C. com., art. L. 223-16, al. 2.

¹⁶⁸² V. *supra* n° 147 et s.

dans les faits, plus rapidement sur une telle demande¹⁶⁸³. Le délai généralisé pour statuer sur une demande d'agrément serait donc de trois mois, à compter de la réception de la demande d'agrément. Avant son issue, les associés ou leurs délégataires rendront leur décision qui, dans ce contexte de généralisation et de sécurisation du régime de l'agrément, serait notifiée selon un formalisme désormais classique.

4. Généraliser l'obligation de notifier la décision sociale.

444. Un parallélisme des formes avec la notification de la demande d'agrément. Cette obligation n'existe actuellement que dans les textes réglementaires propres à la société civile et à la SARL¹⁶⁸⁴. Or sa généralisation à l'ensemble des sociétés serait pourtant utile : la notification leur permettrait de se procurer la preuve qu'une réponse fut adressée à la demande initiale et, ainsi, de contrer l'écoulement du délai dont pourrait se prévaloir le demandeur en vue d'obtenir l'agrément tacite.

Pour ne pas complexifier inutilement le régime de l'agrément, un parallélisme des formes serait requis par rapport à la notification de sa demande. La réponse de la société à celle-ci nécessiterait d'être signifiée, par un acte extrajudiciaire ou par une lettre recommandée avec une demande d'accusé de réception¹⁶⁸⁵. Son respect est particulièrement important en présence d'un refus d'agrément, puisqu'il s'ensuit l'application d'un dispositif légal au formalisme strict. De plus, refuser l'agrément est un droit discrétionnaire qui, en tant que tel, risque de susciter l'incompréhension voire, de mener le cessionnaire éconduit devant les tribunaux. C'est pourquoi les caractéristiques de cette décision nécessitent d'être affirmées légalement.

B. Affirmer les caractéristiques de la décision sociale.

445. Un agrément pur et simple, global, discrétionnaire, d'une personne déterminée ou déterminable. Déduites par la jurisprudence à partir du contentieux qui lui fut soumis, ces caractéristiques concernent toutes les sociétés, quel que soit le fait générateur de l'agrément, à l'exception d'une spécificité liée au nantissement. En effet, dans cette situation, l'agrément peut

¹⁶⁸³ Le texte pourrait être rédigé de la façon suivante, sans toutefois que le délai relatif au refus d'agrément soit précisé à ce niveau : « **La décision sociale est notifiée avant l'expiration d'un délai de trois mois à compter de la réception de la demande d'agrément.** » Pour la proposition complète, v. *infra* (annexe).

¹⁶⁸⁴ V. *supra* n° 408.

¹⁶⁸⁵ Le texte de la proposition pourrait être formulé de la façon suivante : « La décision sociale est notifiée **par un acte extrajudiciaire ou par une lettre recommandée avec une demande d'accusé de réception**, avant l'expiration d'un délai de trois mois à compter de la réception de la demande d'agrément. » Pour la proposition complète, v. *infra* annexe.

Il sera ultérieurement complété par la mention de l'agrément tacite (v. *supra* n° 641 et s.).

être donné avant même la réalisation de l'adjudication, sans connaître la personne de l'adjudicataire. Ce tempérament nécessite d'être réservé et ajouté aux hypothèses irréductibles¹⁶⁸⁶. En revanche, au sens du droit commun dégagé, l'agrément peut être donné de façon discrétionnaire, à l'avance, à propos d'une personne déterminée ou déterminable. Mais il doit toujours être global, ainsi que pur et simple. L'importance des enjeux liés à cette décision est telle que les parties contestent parfois ses caractéristiques, pour que la décision prise soit jugée illicite sur ce fondement. Afin de sécuriser la procédure et de limiter les risques de contentieux, ces caractéristiques nécessiteraient d'être consacrées.

445-1. Un agrément donné à l'avance, d'une personne déterminée ou déterminable. La jurisprudence a eu l'occasion d'affirmer que l'agrément donné en blanc et à l'avance n'était pas valable. *A contrario*, cela signifie que l'agrément donné à l'avance, mais d'une personne déterminée ou déterminable le serait. À cet égard, la précision de la seule qualité d'une personne, plutôt que son identification, désigne suffisamment le bénéficiaire potentiel de l'agrément. La loi confirme ce raisonnement puisqu'elle admet ponctuellement la possibilité de stipuler des clauses de continuation, lesquelles induisent un agrément donné à l'avance.

De la sorte, la portée de celui-ci revêt un certain aléa, car la personne ainsi désignée est susceptible de changer, entre le moment de la rédaction de la clause et son application. Cependant, ce tempérament reste isolé, la jurisprudence n'a pas admis que l'objet de l'agrément franchise un degré supplémentaire d'incertitude en jugeant non-écrite la condition l'accompagnant.

445-2. Un agrément pur et simple. Réputer non-écrite la condition à laquelle serait soumise l'obtention de l'agrément est justifié en raison de l'impérativité de son régime, mais aussi au regard de sa finalité. Une condition dont l'objet excède l'analyse des qualités du demandeur de l'agrément constitue un aménagement prohibé de sa procédure et, surtout, elle dépasserait son but. Il serait toutefois possible d'imaginer que la condition porte sur une qualité personnelle ou patrimoniale exigée pour devenir associé, comme par exemple, la titularité d'un diplôme ou être salarié de l'entreprise. Cette condition est valable mais s'analyse davantage comme un critère d'appréciation, plutôt qu'une condition au sens juridique. Cette prise en compte justifie, corrélativement, la mise en œuvre d'une clause d'éviction, en cas de perte de la qualité requise. Cette dernière se distingue toutefois de la clause d'exclusion, non pas tant par ses effets (le rachat forcé des droits sociaux) que par son but, celui-ci ne consistant pas à sanctionner subjectivement l'associé pour un comportement fautif, mais à préserver objectivement le cercle

¹⁶⁸⁶ V. *infra* n° 451.

sociétaire, selon des critères de *l'intuitu personae*, préalablement définis et acceptés par chaque associé¹⁶⁸⁷. Le maintien de la titularité de la qualité d'associé est de la sorte conditionné à ces critères, leur perte entraînant corrélativement celle de cette qualité. L'éviction est ainsi tout à fait justifiée sur le fondement du contrat de société, alors qu'elle serait qualifiée d'expropriation pour cause d'utilité privée sur le fondement d'une conception patrimonialiste de la société. Cependant, il serait préférable que cette dernière n'encadre pas trop sa liberté de choix, et qu'elle profite de la souplesse conférée par un agrément discrétionnaire.

445-3. Un agrément discrétionnaire. Cette qualité de l'agrément sociétaire le distingue notamment de la clause d'agrément attachée aux contrats de concession, pour lesquels le refus opposé par le concédant doit être motivé. Cette motivation n'a pas de fondement juridique mais elle est devenue de style, afin que le refus ne soit pas jugé illégitime au motif d'entraver l'exercice de son droit de résiliation par le concessionnaire mais aussi, et surtout, celui de céder son fonds de commerce auquel se rattache le contrat de concession. L'originalité du droit des sociétés est au contraire justifiée par l'existence du dispositif du rachat, lequel garantit à l'associé le droit de céder ses droits sociaux, quelle que soit la teneur de la décision sociétaire¹⁶⁸⁸. Par conséquent, la société n'est pas tenue de légitimer son refus.

Du point de vue de cette dernière, cette caractéristique est un gage de sécurité. Les rapports internes entre associés s'analysant sous le prisme du contrat, son effet relatif garantit l'opacité de la société vis-à-vis des tiers : en dehors des éléments statutaires soumis à publicité, la composition de la société et ses critères sont l'affaire des associés. Elle n'a pas à communiquer les raisons de son choix à la personne refusée. Le cas échéant, si celui-ci en avait connaissance, il pourrait lui opposer le fait de remplir tel ou tel critère pour revendiquer *de facto* la qualité d'associé. De la sorte, le refus d'agrément apparaît plus généralement comme l'expression de la liberté de choisir son cocontractant¹⁶⁸⁹. Mais cette liberté est toutefois doublement limitée : par l'abus de droit, lequel prohibe les considérations discriminatoires ou vexatoires, et par le fait que la société ne peut refuser partiellement l'agrément.

445-4. Un agrément global. L'agrément ne peut être partiel en ce sens qu'il doit concerner tous les droits sociaux dont le transfert est projeté. Admettre le contraire porterait atteinte à la volonté du cédant de quitter la société.

¹⁶⁸⁷ V. à ce propos : Cass. com., 29 septembre 2015, n° 14-17.343, F-D, I. c/ Société Socotec France, *Rev. sociétés* 2016, p. 228, note (J.-J.) ANSAULT ; *Gaz. Pal.* 2016, n° 19, p. 63.

¹⁶⁸⁸ Pour plus de précisions à ce propos, v. *infra* n° 462.

¹⁶⁸⁹ C. civ., art. 1102, al. 1^{er} : « Chacun est libre de contracter ou ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi ».

Afin d'éviter que ces causes récurrentes de contentieux ne persistent, l'ensemble de ces caractéristiques de l'acte unilatéral de volonté qu'est l'agrément nécessiteraient, *de lege feranda*, d'être consacrées¹⁶⁹⁰. Elles sont, en outre, l'illustration de la recherche d'un savant équilibre entre la protection de l'intérêt de la société et celui du cédant, et se justifient, par ailleurs, totalement sur le fondement du droit des contrats. Cependant, quelques situations spéciales échapperaient à leur généralité.

§ II. Maintenir certaines spécificités des règles générales.

446. Plan. Dégager le principe d'un agrément applicable obligatoirement, à toutes les sociétés, a permis d'uniformiser son régime. Cependant, certaines règles résistent à cette unification. Leur rassemblement est néanmoins possible au regard de leur finalité, laquelle a trait à la réalisation de certains faits générateurs : le nantissement (I) et le décès d'un associé (II).

I. Des spécificités liées au nantissement des droits sociaux.

447. Plan. Le caractère forcé de la cession réalisée à la suite d'un nantissement lui confère son originalité par rapport au droit commun dégagé précédemment. Ces spécificités ont deux objets différents : la nécessité d'informer les tiers, via l'exigence d'une mention de la clause d'agrément dans le cahier des charges de l'adjudication (A), et la mise en œuvre proprement dite de la procédure d'agrément (B).

A. Supprimer l'exigence de la mention de la clause d'agrément dans le cahier des charges de l'adjudication.

448. Une exigence inutile en droit prospectif. Le décret n° 32-755 du 31 juillet 1992 impose la mention des clauses d'agrément dans le cahier des charges de l'adjudication. Or, la proposition d'un agrément obligatoire rendrait caduque cette exigence. En effet, la mention de la clause d'agrément ne serait plus nécessaire, celui-ci étant généralisé par la loi à l'ensemble des sociétés.

Parallèlement, *de lege feranda*, la logique voudrait que la dispense d'agrément stipulée par les

¹⁶⁹⁰ Le texte de la proposition pourrait être rédigé de la sorte et compléter ultérieurement avec la précision concernant le nantissement des droits sociaux : « **L'agrément ou son refus est un acte unilatéral de volonté discrétionnaire, pur et simple. Il peut être donné par avance, mais doit avoir pour objet une personne au moins déterminable, et la totalité des droits sociaux concernés.** » Pour la proposition complète, v. *infra* annexe.

statuts figure dans ce cahier, dans les hypothèses où la loi l'autoriserait. Cependant, cette mention semble inutile car son absence est sans conséquence pour la société ; et pour l'adjudicataire, la précédente mention visait surtout à l'avertir de l'existence de la procédure d'agrément, celle-ci constituant un obstacle à son acquisition des droits sociaux. Cette exigence ne serait donc plus nécessaire en présence d'un agrément légal, la seule copie des statuts de la société suffisant à informer les tiers de l'existence d'une dispense statutaire¹⁶⁹¹. De la sorte, l'instauration de ce principe général simplifierait et sécuriserait les rapports juridiques. Mais il ne permettrait toutefois pas de lisser les autres spécificités procédurales liées au nantissement.

B. Des spécificités procédurales.

449. Plan. Le fait que l'identité du bénéficiaire de la vente forcée ne soit pas nécessairement connue au moment du nantissement a une incidence spécifique sur la date de réalisation de la notification (1), et sur les modalités de la décision sociale (2).

1. La date de réalisation de la notification.

450. Un mois avant la date de la réalisation forcée. Par exception au principe de l'absence de délai pour notifier la demande, il existe une règle spéciale en présence d'un nantissement de parts sociales d'une société civile¹⁶⁹². Celle-ci requiert que la notification soit signifiée un mois avant la vente forcée. Cette spécificité a sa propre logique : celle de protéger à la fois les intérêts des créanciers et ceux de la société. Le délai d'un mois laisse la possibilité à la société de réfléchir sur les conséquences d'une acceptation du projet, laquelle vaut agrément, et l'éventualité de sa rétractation. Gages de sécurité juridique, cette obligation et ses conséquences seraient étendues à l'ensemble des sociétés en droit prospectif¹⁶⁹³, de même que leur possibilité de rétracter l'agrément donné.

¹⁶⁹¹ V. en ce sens l'obligation faite par l'article R. 233-6 du Code des procédures civiles d'exécution, de la copie des statuts au cahier des charges de la future vente.

Son alinéa 2 pourrait être modifié de façon à supprimer la mention de l'agrément : « Les conventions ~~instituant un agrément ou~~ créant un droit de préférence au profit des associés ne s'imposent à l'adjudicataire que si elles figurent dans le cahier des charges ».

¹⁶⁹² C. civ., art. 1867. V. *supra* n° 327.

¹⁶⁹³ Le texte de la proposition pourrait être rédigé de la sorte : « **En présence d'un projet de nantissement, la notification doit être réalisée un mois avant la date de la réalisation de la vente forcée.** » Pour la proposition complète, v. *infra* annexe.

2. Un agrément rétractable.

451. La possibilité pour la société de rétracter son agrément. Une fois la notification du projet de nantissement réalisée, les règles procédurales en cas de cession sont applicables. Mais l'originalité du dispositif réside dans la possibilité, pour la société, de rétracter son agrément une fois la réalisation forcée accomplie. Une telle faculté doit être fermement circonscrite à l'hypothèse de l'adjudication, car elle seule implique que l'identité de l'adjudicataire ne soit pas connue lors de la notification.

Le texte qu'il conviendrait de reprendre est celui de la société civile en raison de sa plus grande précision. Il prévoit une possibilité de substitution à l'acquéreur de la société ou des associés, mais seulement dans un délai de cinq jours francs à compter de la vente. Le cas échéant, l'agrément est réputé acquis.

Par ailleurs, il existe un renvoi à l'ancien article 2078 du Code civil dans le dispositif propre à la SARL et aux sociétés par actions¹⁶⁹⁴. En droit prospectif, cette référence serait supprimée car cet article a été abrogé sans renvoi. Ce choix se justifie, en outre, par l'existence d'une controverse doctrinale sur ce point, mais dont la résolution est sans conséquence sur le régime de l'agrément en cas de nantissement¹⁶⁹⁵. De plus, l'objectif de la proposition n'est pas de régir précisément la législation du nantissement de droits sociaux, mais seulement de mettre en évidence ses spécificités par rapport au droit commun de l'agrément, tel que précédemment dégagé. De telles spécificités existent également en cas de décès d'un associé.

II. Des spécificités liées au décès d'un associé.

452. Plan. Les transmissions de droits sociaux comprennent la succession, la liquidation du régime matrimonial d'un associé et, en dernier lieu, l'hypothèse d'une restructuration lorsque l'associé est une personne morale. Par rapport au droit commun, seule la succession présente une réelle originalité en raison de certaines spécificités procédurales (B), ainsi que la possibilité de stipuler une clause de continuation, dont la généralisation sera envisagée (A).

A. La généralisation de la licéité des clauses de continuation.

453. Une réintégration souhaitable de l'ancien article 1868 du Code civil. Les clauses de

¹⁶⁹⁴ C. com., art. L. 223-15 (SARL); art. L. 228-26 (sociétés par actions).

¹⁶⁹⁵ V. *supra* n° 407-2.

continuation constituent des pactes sur succession future, en ce sens qu'elles confèrent un droit éventuel à un héritier sur une succession non encore ouverte. Leur licéité était de longue date admise ainsi que le montrait leur consécration en 1804, à l'article 1868 du Code civil¹⁶⁹⁶. Sa finalité a toutefois évolué au gré de la régression du principe de la dissolution de la société à la suite du décès d'un associé, lequel reste néanmoins valable à l'égard de la SNC¹⁶⁹⁷. Pour cette dernière, la clause de continuation est principalement l'expression du vœu de la survie de la société. Tandis que les autres sociétés de personnes et la SARL l'utilisent comme un outil d'anticipation de la transmission successorale, lequel peut d'ailleurs se révéler plus simple que l'agrément dont le formalisme est assez lourd. *A contrario*, à défaut de disposition légale les autorisant, elles sont actuellement interdites pour les sociétés par actions¹⁶⁹⁸. Cette discrimination se comprend néanmoins par le fait que les transmissions au profit des proches de l'associé ne connaissent aucune entrave dans ces sociétés¹⁶⁹⁹.

454. De lege feranda. Cependant, dans un système prospectif où l'agrément serait applicable à tous les types sociétaires, il n'existerait plus de raison d'exclure les sociétés par actions de la possibilité de stipuler cette clause. Toutefois, étant applicable obligatoirement, il se cumulerait forcément avec la clause de continuation. Ce cumul serait parfois un gage de sécurité en cas de changement de l'identité de la personne visée dans la clause. Mais les associés pourraient aussi l'estimer redondant. Il leur appartiendrait alors d'utiliser les possibilités de dispense offertes par la structure de leur société¹⁷⁰⁰.

En revanche, une telle possibilité n'existerait pas dans la SNC pour laquelle l'agrément se cumulerait obligatoirement avec la clause. Toutefois, la tergiversation des associés serait fatale, car un refus d'agrément des bénéficiaires de la clause de continuation entraînerait la caducité de cette dernière. Dès lors, le principe applicable serait celui d'un retour à la dissolution de la société. C'est pourquoi, comme en 1978 pour la société civile, il serait souhaitable que le principe de la dissolution devienne une exception statutaire. Après avoir déjà proposé que le vote unanime de

¹⁶⁹⁶ C. civ., anc., art. 1868 : « S'il a été stipulé qu'en cas de décès de l'un des associés, la société continuerait avec son héritier, ou seulement entre les associés survivants, ces dispositions seront suivies. Au second cas, l'héritier du décédé n'a droit qu'au partage de la société, eu égard à la situation de cette société lors du décès, et ne participe aux droits ultérieurs qu'autant qu'ils sont une suite nécessaire de ce qui s'est fait avant la mort de l'associé auquel il succède. »

Pour un commentaire historique, v. TROP LONG (R.-Th.), *Le droit civil expliqué suivant les articles du Code, Du contrat de société civile et commerciale*, t. 2, Charles Hingray, Libraire éditeur, 1843, p. 423.

¹⁶⁹⁷ C. civ., anc., art. 1865 : « La société finit, [...] 3° Par la mort naturelle de quelqu'un des associés ».

Même la société en commandite simple échappe à ce principe rigoureux (C. com., art. L. 222-10). V. à propos de la SNC : C. com., art. L. 221-15.

¹⁶⁹⁸ V. *supra* n° 297.

¹⁶⁹⁹ V. *supra* n° 118.

¹⁷⁰⁰ Il a été admis, par exemple, le caractère familial de la société civile et de la SARL, en droit positif, et la possibilité de dispenser de l'agrément certains proches liés juridiquement à l'associé (v. *supra* n° 151).

l'agrément devienne supplétif de volonté¹⁷⁰¹, cette seconde mesure contribuerait certes davantage à éloigner la SNC du modèle de structure purement contractuelle qui lui est assigné, mais elle sécuriserait aussi son utilisation. Précisément, sur cette question du vote, le fait de poser le principe d'un vote aux conditions requises pour modifier les statuts aurait pour effet d'aligner ses modalités d'adoption sur celles de la clause de continuation, laquelle constitue un agrément donné à l'avance¹⁷⁰². Le droit deviendrait donc cohérent sur ce point.

Enfin, si le principe de cette généralisation des clauses de continuation devait être adopté, celui-ci devrait figurer dans une disposition législative, car il ouvre un droit subjectif au profit des associés, sans être lié à la mise en œuvre de l'agrément, dont les spécificités procédurales justifieraient, au contraire, d'être contenues dans un texte réglementaire¹⁷⁰³.

B. Des spécificités procédurales.

455. Plan. Le fait que les demandeurs de l'agrément soient les ayants droit de l'associé décédé confère certaines spécificités à son régime. Celles-ci s'expriment lors de la notification de leur demande (1), mais aussi lors de son vote (2). En outre, se pose la question de savoir quel est le sort des droits sociaux pendant la période comprise entre la date du décès et la décision statuant sur la demande d'agrément (3).

1. Le débiteur de la notification en présence d'une indivision successorale.

456. Une notification individuelle. En présence d'une indivision successorale, la question de la validité de la notification réalisée par le représentant de l'indivision s'est posée. La Cour de cassation y a répondu négativement car l'objet de l'agrément n'est pas l'indivision, mais chaque indivisaire¹⁷⁰⁴. En effet, l'indivision ne bénéficie pas de la personnalité juridique lui permettant, à titre individuel, d'être titulaire de la qualité d'associé.

¹⁷⁰¹ Pour le droit prospectif proposé, v. *supra* n° 440.

¹⁷⁰² Sur ce point, v. *supra* n° 299.

¹⁷⁰³ En ce sens, v. Const. 4 octobre 1958, art. 21 ; art. 34 et 37.

Le texte pourrait être rédigé de la sorte : « **La société n'est pas dissoute par le décès d'un associé, sous réserve de la stipulation d'une clause statutaire contraire.**

Les statuts peuvent aussi stipuler que la société continuera avec les personnes qu'elle aura préalablement désignées. »

Pour la proposition complète, v. *infra* annexe.

¹⁷⁰⁴ V. *supra* n° 320.

Par conséquent, la notification doit logiquement être réalisée, individuellement, par chaque héritier désireux de devenir associé. Afin de neutraliser cette cause de contentieux, cette affirmation serait reprise en droit prospectif¹⁷⁰⁵. Corrélativement, dans cette hypothèse particulière d'une indivision successorale, le vote de l'agrément nécessiterait aussi d'être individuel.

2. Les règles de vote de l'agrément des héritiers.

457. Un objet et des modalités de vote précisés. Deux principaux problèmes se posent en pratique : celui de l'objet du vote en présence de plusieurs héritiers, et celui de ses modalités, lesquelles sont bouleversées par la disparition du défunt. La jurisprudence a eu un rôle important dans leur résolution.

Pour le premier, elle a jugé que le vote devait avoir pour objet l'agrément individuel de chaque héritier¹⁷⁰⁶. Cette solution est parfaitement logique. La qualité d'associé désigne la qualité de partie au contrat de société. Or pour contracter, il faut être capable¹⁷⁰⁷. Et pour être capable, il faut être titulaire de la personnalité juridique, ce dont ne bénéficie pas l'indivision.

Pour le second, elle a considéré que, si la règle de vote fixée avant le décès ne pouvait plus être respectée consécutivement à celui-ci, la clause d'agrément n'était pas pour autant caduque¹⁷⁰⁸. Le calcul de la majorité et du quorum nécessite d'être adapté en fonction du nombre des associés survivants, y compris s'il n'en reste qu'un seul.

Afin d'éviter que ce contentieux ne se réitère, une consécration expresse de ces solutions semble nécessaire¹⁷⁰⁹. Toutes les questions suscitées par la succession, en tant que fait générateur de l'agrément, ne sont pas pour autant résolues. Une inconnue du droit positif reste à compléter : celle du sort des droits sociaux pendant la période comprise entre la date du décès d'un associé et celle de l'agrément ou de son refus.

¹⁷⁰⁵ Le texte proposé pourrait être rédigé de la façon suivante : « **En présence d'une indivision successorale, chaque indivisaire doit notifier individuellement sa demande d'agrément.** » Pour la proposition complète, v. *infra* annexe.

¹⁷⁰⁶ V. *supra* n° 386.

¹⁷⁰⁷ C. civ., art. 1145 : « Toute personne physique peut contracter sauf en cas d'incapacité prévue par la loi.

La capacité des personnes morales est limitée aux actes utiles à la réalisation de leur objet tel que défini par leurs statuts et aux actes qui leur sont accessoires, dans le respect des règles applicables à chacune d'entre elles ».

Adde ANDREU (L.), THOMASSIN (N.), *Cours de droit des obligations*, Gualino, 2^{ème} éd., 2017, p. 131, n° 300.

¹⁷⁰⁸ V. *supra* n° 390.

¹⁷⁰⁹ Une mention relative au vote n'est pas nécessaire car la notification est individuelle, il en résulte un vote individuel, sur chaque demande, le texte pourrait néanmoins être complété de la sorte : « **La majorité et le quorum nécessaire au vote se calcule en fonction du nombre des associés survivants.** » Pour la proposition complète, v. *infra* annexe.

3. Le sort des droits sociaux pendant la période comprise entre la date du décès d'un associé et celle de l'agrément ou de son refus.

458. Une titularité sous la condition suspensive de l'agrément. Les textes relatifs à la société civile, à la SNC et à la SARL mentionnent une distinction du titre et de la finance, mais après qu'un refus d'agrément ait été prononcé. Ce manque de précision a incité certains héritiers à revendiquer l'exercice de prérogatives sociétaires avant l'issue de la procédure, comme le permet exceptionnellement la loi dans certaines sociétés¹⁷¹⁰.

Il serait donc utile de consacrer expressément cette distinction. Mais sur quel fondement juridique la justifier ? Si elle illustre parfaitement la situation issue d'un apport réalisé par un époux avec des fonds communs¹⁷¹¹, ce clivage ne permet pas d'expliquer la déshérence de la qualité d'associé jusqu'au prononcé de l'agrément ou son refus. Or une piste de solution se trouve dans la précédente démonstration selon laquelle la participation de l'associé est une position contractuelle¹⁷¹². Cette analyse autorise à qualifier l'agrément en tant que condition suspensive de son transfert : si l'agrément est accordé, l'ayant droit est réputé associé depuis le jour de son octroi, le cas échéant, il ne recueille que la valeur des droits à compter du jour du décès¹⁷¹³. La déshérence de la qualité d'associé s'explique alors, précisément, par le caractère suspensif de la condition. D'un point de vue théorique, il est néanmoins possible de regretter, dans cette situation précise, la suppression de l'effet rétroactif de son accomplissement¹⁷¹⁴. Si l'héritier agréé n'acquiert pas la qualité d'associé, rétroactivement au jour du décès de son auteur, le nouveau droit des obligations oblige à le considérer, avant son agrément, comme ayant les mêmes droits qu'un héritier qui ne sera jamais agréé. Par conséquent, il s'en déduit la règle, plus générale, selon laquelle depuis le jour du décès et jusqu'à la délibération sociale, les héritiers sont considérés comme non-agrésés, alors qu'auparavant, il était nécessaire d'attendre le dénouement de la procédure d'agrément pour connaître leurs droits. En revanche, d'un point de vue pratique, l'absence de rétroactivité du bénéfice de la qualité d'associé présente l'avantage de ne pas donner la possibilité aux héritiers agréés, de remettre en cause les décisions collectives prises entre le

¹⁷¹⁰ V. *supra* n° 397.

¹⁷¹¹ V. *supra* n° 210, n° 278.

¹⁷¹² V. *supra* n° 169.

¹⁷¹³ Le texte de la proposition pourrait être rédigé ainsi : « **La qualité d'associé n'est acquise au demandeur que sous la condition suspensive de l'agrément de la société.** » Pour la proposition complète, v. *infra* annexe.

¹⁷¹⁴ C. civ., art. 1304-6 : « L'obligation devient pure et simple à compter de l'accomplissement de la condition suspensive.

Toutefois, les parties peuvent prévoir que l'accomplissement de la condition rétroagira au jour du contrat. [...] »

Comp. C. civ., anc. art. 1179 : « La condition accomplie a un effet rétroactif au jour auquel l'engagement a été contracté ».

Addé ANDREU (L.), THOMASSIN (N.), Cours de droit des obligations, Gualino, 2^{ème} éd., 2017, p. 684, n° 1995.

moment du décès et leur agrément. Elle présente aussi l'avantage de leur donner un droit effectif aux dividendes, puisqu'ils sont titulaires de façon certaine de la valeur des droits sociaux¹⁷¹⁵.

Une dernière difficulté liée à cette hypothèse n'est toutefois pas résolue : celle de la détermination du montant de l'indemnisation due par la société (ou les acquéreurs agréés), laquelle s'analyse comme une règle exorbitante du droit commun du refus d'agrément¹⁷¹⁶.

Conclusion Section II. Des règles générales perfectibles *de lege feranda*.

En droit positif, ces règles procédurales ne sont pas déterminées par un principe directeur, mais au cas par cas, selon chaque type sociétaire¹⁷¹⁷. Or l'agrément étant une modalité susceptible d'être commune à toutes les cessions de droits sociaux, envisager l'élaboration d'un régime unique est possible, lequel contribuerait à le rendre plus intelligible¹⁷¹⁸. De cette recherche, il résulte deux enseignements.

459. Un droit commun et un droit spécial lié à certains faits générateurs. D'une part, toutes les règles générales de la procédure d'agrément, quelle qu'en soit la société d'origine, sont susceptibles d'être unifiées, sauf en présence de faits générateurs produisant des effets différents : le nantissement, en raison du fait que l'identité de l'acquéreur n'est pas toujours connue lors de la réalisation de la vente forcée¹⁷¹⁹, et la succession, en raison de l'impossibilité de notifier la demande avant la transmission du patrimoine du défunt¹⁷²⁰.

460. Deux types de règles. D'autre part, cette recherche a démontré que le contrat de société, loin de justifier uniquement l'existence de l'agrément, irrigue également son régime. Celui-ci apparaît complexe, mais cette complexité tient toutefois au fait que ses règles se cumulent avec un formalisme protecteur. De la sorte, il est permis de distinguer celles se rattachant au contrat de société, de celles imposées afin d'établir un équilibre entre la préservation de l'*intuitu personae* de la société, en tant que collectivité représentant un intérêt commun, et l'exercice par son associé cédant d'une prérogative individuelle.

¹⁷¹⁵ V. déjà la solution jurisprudentielle en ce sens, *supra* n° 397.

¹⁷¹⁶ V. *infra* n° 552.

¹⁷¹⁷ V. *supra* n° 297 (clause de continuation), n° 307, n° 312, n° 328 (notification), n° 331 et s. (titulaire du pouvoir d'agréer), n° 363 et s. (vote de l'agrément), n° 393 (délais pour statuer).

¹⁷¹⁸ Pour le domaine, v. *supra* n° 282 et s.

¹⁷¹⁹ V. *supra* n° 407.

¹⁷²⁰ V. *supra* n° 320, n° 397.

- En premier lieu, le contrat de société influence toutes les étapes de la procédure d'agrément, à commencer par la stipulation de l'agrément. Celui-ci peut en effet résulter d'une clause en droit positif, comme sa dispense en droit prospectif, laquelle ne peut être adoptée qu'aux conditions requises pour modifier le pacte statutaire¹⁷²¹. De même, la décision d'accorder l'agrément le modifie et nécessite ainsi logiquement de respecter les modalités de sa modification, qu'elles concernent l'organe social compétent pour en décider ou ses conditions de vote. La possibilité de déléguer ce pouvoir d'agréer illustre, par ailleurs, le fait que le contrat de société est un contrat spécial, s'organisant autour d'un nœud de contrats. Par un mandat, l'assemblée générale peut confier l'exercice de son pouvoir d'agrément, mais seulement à un autre organe social¹⁷²². Les déductions faites au regard de cette nature contractuelle doivent alors se combiner avec les règles du droit des sociétés et, plus spécialement, celles d'ordre public inhérentes à la procédure d'agrément.

- En second lieu, l'ordre public de protection est omniprésent lors de l'exécution de cette procédure. Ses règles expriment une recherche constante d'équilibre, entre la préservation de l'intérêt de la société et celui de l'associé, laquelle se manifeste concrètement par la création d'obligations légales à la charge de chaque partie : la notification de la demande d'agrément pour le cédant, l'obligation de rachat pour la société¹⁷²³. L'exécution de chacune de ces obligations est encadrée par un formalisme strict, mais dont les règles sont actuellement dispersées au sein des dispositions propres à chaque société, ou déduites ponctuellement par la jurisprudence¹⁷²⁴. Or, leur unification est possible sur la base de critères objectifs, à savoir, préserver l'équilibre entre chaque intérêt, sans pour autant porter atteinte à la substance des droits de l'associé, ou aux concepts juridiques de droit commun¹⁷²⁵.

Ainsi le contenu de la notification peut-il être précisé au regard des informations qui intéressent son destinataire : la société. Cette dernière incarne en effet l'intérêt commun des associés et, à ce titre, est intéressée par cette formalité. Sa réalisation incomberait au cédant, qui est son interlocuteur privilégié, mais une obligation subsidiaire serait mise à la charge du cessionnaire afin de lui suggérer d'être diligent et, *in fine*, d'éviter la formulation d'un recours contentieux sur ce fondement¹⁷²⁶. La notification régulière aurait alors pour effet, comme en droit

¹⁷²¹ V. *supra* n° 412.

¹⁷²² V. *supra* n° 437.

¹⁷²³ V. *infra* n° 462.

¹⁷²⁴ V. par exemple à propos des caractéristiques de la décision sociale : *supra* n° 444.

¹⁷²⁵ V. par exemple la question des majorités requises pour stipuler la clause d'agrément (v. *supra* n° 292) ou pour voter l'agrément (*supra* n° 361 et s.).

¹⁷²⁶ V. *supra* n° 424.

positif, de faire courir le délai à compter duquel la société doit statuer sur la demande. Une harmonisation de sa durée serait en outre possible. Ce délai protégerait ainsi la société contre une décision irréfléchie, mais surtout, il l'obligerait à statuer afin que le cédant puisse effectivement sortir de la société. Une sanction efficace la menacerait le cas échéant : celle de l'agrément tacite de son demandeur¹⁷²⁷. Afin de s'en prémunir, l'exigence d'une notification de la décision sociale serait étendue à l'ensemble des types sociétaires, *de lege feranda*¹⁷²⁸.

¹⁷²⁷ V. *infra* n° 602.

¹⁷²⁸ V. *supra* n° 444.

Conclusion Chapitre I.

Les règles générales de la procédure d'agrément.

461. Un formalisme complexe et lacunaire. Dans un souci de faciliter leur étude et de les distinguer du formalisme consécutif à un refus d'agrément, ces règles sont dénommées générales car elles se constatent globalement pour l'ensemble des sociétés, consécutivement à une demande d'agrément. Nonobstant leur apparente unité, deux principaux reproches peuvent leur être adressés : leurs incohérences et leurs lacunes.

- D'une part, la mention de ces règles est éparpillée dans le corpus de textes propre à chaque société, sans réelle cohérence non seulement entre elles, puisque leur contenu peut être variable d'une société à une autre mais aussi, parfois, vis-à-vis des règles du droit des sociétés¹⁷²⁹. Ainsi le vote de la stipulation d'une clause d'agrément peut requérir l'unanimité dans le cadre d'une société européenne, alors même qu'elle n'aggrave pas l'engagement des associés¹⁷³⁰. De la sorte, l'agrément génère des effets différents d'une société à une autre. De même, des règles variées sont mentionnées s'agissant des mentions obligatoires de la notification¹⁷³¹, tout comme les délais pour statuer sur la demande ainsi notifiée¹⁷³². L'organe social compétent pour en décider est relativement cohérent à l'égard des sociétés de personnes et de la SARL, en dépit de l'absence de mention, pour cette dernière, de la faculté de confier cette décision à la gérance. Dans ces sociétés, les associés sont ainsi logiquement les titulaires de ce pouvoir puisqu'ils sont les premiers intéressés par la définition de l'*intuitu personae*. En revanche, le droit commun des sociétés par actions suscite des interrogations, afin de savoir si le décideur initial de l'agrément est le même que celui des conséquences de son refus. Plus généralement, lorsqu'un organe collégial est compétent, un vote est nécessairement requis, mais ses modalités peuvent, là encore, être différentes d'une société à une autre¹⁷³³. Pourtant, elles devraient correspondre à la nature du vote de l'agrément : celle d'une modification statutaire. Or seuls la société civile¹⁷³⁴ et le droit commun

¹⁷²⁹ V. par exemple à propos de la comparaison des règles de vote de l'agrément et celles requises pour modifier les statuts, *supra* n° 365 et s.

¹⁷³⁰ V. *supra* n° 292.

¹⁷³¹ V. *supra* n° 307 et s.

¹⁷³² V. *supra* n° 393.

¹⁷³³ V. *supra* n° 363 et s.

¹⁷³⁴ V. *supra* n° 367 et s.

des sociétés par actions respectent ce postulat¹⁷³⁵. La SARL s'illustre sur ce point par sa particulière complexité, corrélant les modalités de vote à la qualité des bénéficiaires d'une opération juridique¹⁷³⁶. La raison d'être de ces corrélations réside dans la volonté du législateur de favoriser certaines opérations envers les proches, ainsi que les cessions entre associés. Cette raison légitime-t-elle, pour autant, son immixtion dans la définition de l'*intuitu personae* de la société ? Les conséquences liées aux lacunes de la loi sont tout aussi graves.

- Et, d'autre part, ces règles s'avèrent également lacunaires car, très souvent, la jurisprudence est obligée de remédier aux failles rédactionnelles des textes, à l'occasion du contentieux que leur application suscite. Les magistrats ont ainsi pu déterminer : quels documents peuvent contenir une clause d'agrément¹⁷³⁷, quelle est la sanction applicable à l'absence de publicité de la modification d'une clause d'agrément des sociétés anonymes¹⁷³⁸, quel est le débiteur de l'obligation de notifier la demande d'agrément, en présence d'une cession¹⁷³⁹ mais aussi, de la succession d'un associé¹⁷⁴⁰, quel est l'organe social d'une société par actions détenteur, par principe, du pouvoir d'agréer¹⁷⁴¹ ainsi que, comment calculer la majorité requise pour voter l'agrément des héritiers d'un associé¹⁷⁴² et, plus généralement, comment traiter les conflits d'intérêts liés à cette demande¹⁷⁴³. De façon plus surprenante, la jurisprudence a aussi dû affirmer que l'agrément est une décision sociale pure et simple¹⁷⁴⁴, discrétionnaire¹⁷⁴⁵, globale¹⁷⁴⁶, et relative à une personne déterminée ou déterminable¹⁷⁴⁷. Les textes suscitent encore bien d'autres questions auxquelles elle n'a pas répondu comme celle de savoir si la mise en œuvre de la procédure d'agrément n'est pas redondante en présence d'une clause de continuation¹⁷⁴⁸.

L'absence de méthode législative utilisée pour édicter ces dispositions aboutit à la construction d'un ensemble complexe, dont les éléments ne sont pas nécessairement liés, et duquel il est

¹⁷³⁵ V. *supra* n° 371 et s.

¹⁷³⁶ V. *supra* n° 368 et s.

¹⁷³⁷ V. *supra* n° 290.

¹⁷³⁸ V. *supra* n° 293.

¹⁷³⁹ V. *supra* n° 318.

¹⁷⁴⁰ V. *supra* n° 320.

¹⁷⁴¹ V. *supra* n° 343.

¹⁷⁴² V. *supra* n° 390.

¹⁷⁴³ V. *supra* n° 383.

¹⁷⁴⁴ V. *supra* n° 400.

¹⁷⁴⁵ V. *supra* n° 405.

¹⁷⁴⁶ V. *supra* n° 404.

¹⁷⁴⁷ V. *supra* n° 406.

¹⁷⁴⁸ V. *supra* n° 298.

difficile de faire jaillir un principe directeur de lecture. Or seule la création d'un droit commun en la matière permettrait de pallier les défauts susvisés. Des pistes pour son élaboration ont d'ailleurs été mises en évidence, corrélativement à l'unification de la source de l'agrément¹⁷⁴⁹. Les effets de ce dernier sur l'engagement des associés et les statuts sont ainsi un précieux guide pour déterminer les modalités de son vote. Les associés étant intéressés par la définition de l'*intuitu personae*, le pouvoir de décider d'une demande d'agrément leur appartient par principe, mais ils peuvent aussi le déléguer. En raison de la finalité protectrice accordée à chaque règle, le strict respect de ce formalisme pourrait aussi être consacré, rendant ainsi caduques les hypothèses ponctuelles de régularisation de la notification autorisées par la loi¹⁷⁵⁰. En outre, des règles n'existant qu'à l'égard de certaines sociétés seraient utilement généralisées : par exemple, les obligations faites au gérant d'une SARL de convoquer l'assemblée à la suite de la réception de la notification d'une demande d'agrément, comme à celui d'une société civile, d'informer les associés des conséquences du refus d'agrément, lorsque ce pouvoir lui a été préalablement délégué¹⁷⁵¹. Ce droit commun serait toutefois assorti de deux limites.

La première réside dans le fait que, en dépit de la recherche de la plus large abstraction de la règle de droit, celle-ci ne peut pas toujours s'adapter à toutes les situations. Les statuts ont alors un rôle essentiel afin d'anticiper le bouleversement de la composition du sociétariat, notamment à la suite du décès d'un associé¹⁷⁵², ou à la prise de participation directe ou indirecte d'un concurrent dans le capital social¹⁷⁵³, ainsi que pour solutionner les éventuels conflits d'intérêts.

La seconde limite se constate au regard de règles spéciales, dont le caractère dérogatoire a souvent été mis en évidence à l'occasion de l'étude des conséquences sur la procédure, d'un nantissement ou du décès d'un associé. Ainsi fut-il remarqué les spécificités liées à l'articulation de l'agrément avec une clause de continuation¹⁷⁵⁴, mais aussi celles des modalités de vote de l'agrément de l'héritier¹⁷⁵⁵ et de la notification de sa demande¹⁷⁵⁶. Le nantissement présente également des particularités procédurales¹⁷⁵⁷. Ces spécificités nécessiteraient donc d'être maintenues en droit prospectif. Il en serait de même en présence d'un refus d'agrément.

¹⁷⁴⁹ V. à propos de la stipulation de la clause de dispense corrélativement au principe de l'application d'un agrément obligatoire (v. *supra* n° 412).

¹⁷⁵⁰ V. *supra* n° 426.

¹⁷⁵¹ V. *supra* n° 427, n° 438.

¹⁷⁵² V. *supra* n° 390, n° 452 (droit prospectif).

¹⁷⁵³ V. *supra* n° 382, n° 439 (droit prospectif).

¹⁷⁵⁴ V. *supra* n° 453 et s.

¹⁷⁵⁵ V. *supra* n° 457.

¹⁷⁵⁶ V. *supra* n° 456.

¹⁷⁵⁷ V. *supra* n° 449.

Chapitre II.

Les règles spéciales du refus d'agrément.

462. Plan. Spéciales, les règles procédurales consécutives à un refus le sont par leur éventualité, au contraire des règles encadrant les suites d'une demande d'agrément applicables, quelle que soit la réponse formulée. Cependant, ces deux ensembles présentent des similitudes, tant dans leur déroulement qu'en raison de la méthode législative adoptée pour les encadrer. De la sorte, des problèmes similaires à ceux observés pour les règles générales se répercutent à l'égard de ces règles spéciales (Section I). Mais, corrélativement, la méthode de résolution utilisée pour les premières le sera également pour les secondes (Section II).

Section I. Des règles spéciales perfectibles *de lege lata*.

463. Plan. « Un projet réformateur »¹⁷⁵⁸. L'aménagement des conséquences du refus d'agrément figure parmi les innovations majeures réalisées par la réforme des sociétés commerciales en 1966¹⁷⁵⁹. Depuis lors, la société est obligée de proposer un nouveau cessionnaire ou de racheter les droits sociaux du cédant avec son accord. Les caractéristiques de cette obligation nécessitent d'être analysées (§ I), avant de s'intéresser à ses modalités d'exécution (§ II). De cette étude, les éléments positifs comme négatifs de son régime seront déduits, ainsi que certaines possibilités d'amélioration.

§ I. L'obligation pour la société d'acquérir ou de faire acquérir les droits sociaux du cédant.

464. Plan. Propos liminaires. Le rachat de droits sociaux par la société a un sens technique bien précis puisqu'il s'agit « [...] d'une acquisition dérivée, à titre particulier et onéreux, de ses propres droits sociaux (actions ou parts sociales) par une société »¹⁷⁶⁰.

¹⁷⁵⁸ Lors de la discussion générale du projet de loi relatif à la réforme des sociétés commerciales, Monsieur le Garde des sceaux précisa qu'il ne s'agissait pas de faire « une révolution juridique, mais un projet réformateur » (cité par HAMIAUT (M.), *La réforme des sociétés commerciales*, vol. 1, Dalloz, 1966, p. 60).

¹⁷⁵⁹ Et étendu à la société civile en 1978.

¹⁷⁶⁰ MORTIER (R.), *Le rachat par la société de ses droits sociaux*, préf. J.-J. Daigre, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 27, 2003, p. 4, n° 4.

À titre liminaire, il convient de souligner que cette acquisition dérivée implique un projet de transfert de droits sociaux, laquelle peut aussi s'analyser comme une reprise de l'apport réalisé par l'associé. Les autres faits générateurs telle la souscription, la location, ou encore, la revendication des droits sociaux excèdent donc le champ d'application du rachat.

L'hypothèse d'un démembrement des droits sociaux est plus problématique, un refus bloquant alors le projet de l'associé. Cependant, il ne semble pas qu'il faille admettre, par analogie, une obligation de substituer un usufruitier à celui refusé, pour deux raisons. D'une part, il sera difficile pour la société de trouver une personne intéressée par cette opération sachant qu'elle sera, en outre, contrainte d'agir sous réserve de l'intérêt du nu-proprétaire¹⁷⁶¹. Et, d'autre part, l'opération pourrait quand même être réalisée par l'associé, tout à fait licitement, par la conclusion d'une convention de croupier portant sur le transfert des bénéfiques et un aménagement de son vote les concernant¹⁷⁶².

Ensuite, à des fins de simplifications terminologiques, l'emploi du mot « rachat », en présence d'un refus d'agrément, désigne souvent à la fois l'obligation faite à la société de racheter ou de faire acquérir les droits sociaux du cédant, et cette même acquisition¹⁷⁶³. C'est pourquoi, l'ensemble des règles visant cette dernière sera désigné par l'expression de « dispositif de rachat », tandis que la mention précise du « rachat par la société » visera l'opération technique précédemment définie. Ainsi sera-t-il observé que le dispositif entourant le rachat des droits sociaux a un domaine limité, ce que l'on peine à justifier (I). Par ailleurs, avant d'être reconnu comme une obligation à la charge de la société, sa nature juridique fut discutée, spécialement en tant que droit de préemption à son profit (II). Afin de mieux comprendre l'issue de cette controverse, ses éléments devront être analysés.

I. Le domaine restreint du dispositif de rachat en cas de refus d'agrément.

465. Plan. Mieux cerner les enjeux de ce dispositif nécessite d'évoquer successivement sa genèse et les limites de son domaine (A), avant de suggérer, pour les sociétés qui en sont exclues, des parades à son absence (B).

¹⁷⁶¹ *Contra* TADROS (A.), *La jouissance des titres sociaux d'autrui*, préf. Th. Revet, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, vol. 130, 2013, p. 434, n° 404.

¹⁷⁶² À propos de la licéité de ces conventions, v. *infra* n° 585.

¹⁷⁶³ V. par exemple : GUYON (Y.), *Droit des affaires, Droit commercial général et Sociétés*, t. 1, Économica, 12^{ème} éd., 2003, p. 799, n° 745 ; MERLE (Ph.), avec la collaboration de FAUCHON (A.), *Droit commercial, Sociétés commerciales*, Dalloz, coll. Précis, 20^{ème} éd., 2017, p. 193, n° 190 ; LECOURT (A.), « Rachat de parts sociales après refus d'agrément : un droit irréversible au profit du cédant ? », note sous Cass. com., 2 novembre 2011, n° 10-15.887, F-P+B, Lokmane c/ société Lamid, *Rev. sociétés* 2012, p. 161.

A. La genèse et les limites du domaine du dispositif de rachat.

466. La genèse du dispositif de rachat. La loi du 24 juillet 1966 a créé un dispositif spécial afin de corriger une imprécision de la loi du 7 mars 1925, introduisant la SARL en droit français¹⁷⁶⁴. Sous l'empire de cette loi, le cédant minoritaire, confronté à un refus d'agrément, demeurait lié à la société. En outre, si les statuts de cette dernière assortissaient ce refus d'une clause de préemption, le cédant était alors confronté à l'arbitraire des majoritaires pour fixer le prix de cession de ses parts¹⁷⁶⁵. La constatation de cette situation a pu faire dire que la SARL était « une souricière »¹⁷⁶⁶ pour les minoritaires, car cette pratique aboutissait, en fait, à les exproprier et les exclure sans compensation. Or cette situation ne se constatait pas uniquement dans cette société.

467. Un domaine limité. La loi de 1966 a étendu cette protection spéciale aux sociétés par actions (société anonyme et commandite par actions)¹⁷⁶⁷, où le même type d'abus était constaté, celui-ci portant en plus atteinte au principe de la négociabilité de leurs titres¹⁷⁶⁸. Puis, la loi de 1978 l'a transposée à la société civile¹⁷⁶⁹. De surcroît, la procédure de rachat des articles L. 228-23 et suivants étant inscrite dans une section du Code de commerce ayant trait « aux actions », elle s'applique également à la SAS et à la société européenne dont les statuts contiennent une clause d'agrément¹⁷⁷⁰, cela sous réserve des dispositions spéciales de ces sociétés¹⁷⁷¹. Il n'existe à cet égard aucune incompatibilité entre la mise en œuvre de ces règles et les articles L. 227-14, et L. 229-11 du Code de commerce ; textes autorisant la stipulation de cette clause dans ces deux sociétés. Bien au contraire, l'application de la procédure de rachat permet d'éviter la renaissance

¹⁷⁶⁴ L'article 22 de cette loi disposait que « les parts sociales ne peuvent être cédées à des tiers étrangers à la société qu'avec le consentement de la majorité des associés représentant au moins les trois quarts du capital social ».

¹⁷⁶⁵ V. à ce propos les références citées par : ESCARRA (J.), ESCARRA (E.), RAULT (J.), *Traité théorique et pratique de droit commercial, Les sociétés commerciales, Sociétés par actions*, t. 3, Sirey, 1955, p. 440, n° 54 ; RIPERT (G.), ROBLOT (R.), *Traité élémentaire de droit commercial, Les sociétés commerciales, Commentaire de la loi du 24 juillet 1966*, t. 1, L.G.D.J., 1968, p. 637, n° 1253.

¹⁷⁶⁶ HAMIAUT (M.), *La réforme des sociétés commerciales*, vol. 1, Dalloz, 1966, p. 61, citant Monsieur le Garde des sceaux.

¹⁷⁶⁷ L. 24 juillet 1966, art. 275. V. à ce propos : HAMIAUT (M.), op. cit., p. 263 : « La commission a adopté le texte du Sénat qui, par analogie avec la disposition adoptée par l'Assemblée nationale à l'article 45, subordonne à l'accord du cédant le rachat par la société des actions dont la cession à un tiers fait l'objet d'un refus d'agrément ».

¹⁷⁶⁸ Pour une rare décision sous l'empire de la loi du 24 juillet 1867, v. Cass. com., 22 octobre 1969, *JCP* 1970, II, 16197, note (J.) PAILLUSSEAU, « [...] alors que le principe de la négociabilité de l'action est de l'essence des sociétés anonymes, et que la clause litigieuse qui confère au conseil d'administration la faculté de refuser la cession proposée par le cédant sans que cette faculté soit assortie de l'obligation pour le conseil de procurer au cédant, en cas de refus d'agrément, un cessionnaire de remplacement au prix convenu ou à un juste prix, est nulle parce qu'elle supprime la possibilité pour l'actionnaire de sortir de la société anonyme par la cession de son titre », cassant CA Paris, 2 mai 1966, *D.* 1966, p. 623, *JCP* 1967, II, 14991, note BOITARD – *comp.* CA Paris, 23 février 1962, *D.* 1963, p. 570, note BIGOT.

¹⁷⁶⁹ C. civ., art. 1862 à 1864.

¹⁷⁷⁰ Un autre argument en faveur de l'application de ce dispositif de rachat à l'ensemble des sociétés par actions réside dans le fait que l'article L. 228-24 du Code de commerce se situe dans une section du Code relative aux « actions ».

¹⁷⁷¹ C. com., art. L. 227-18 (SAS) ; C. com., art. L. 229-14 (société européenne).

des abus constatés antérieurement à la réforme de 1966, lesquels pourraient tout à fait ressurgir, sous prétexte d'user de la liberté laissée par le législateur dans l'organisation de ces deux sociétés¹⁷⁷². En outre, le Code de commerce admet implicitement l'application de ce dispositif aux articles L. 227-18, alinéa 2, et L. 229-14, alinéa 2 ; ces derniers autorisant l'auto-détention des actions à suite de leur rachat.

Par ailleurs, ce même Code ne contient aucune règle à ce sujet pour la SNC et la commandite simple¹⁷⁷³, à l'exception de l'hypothèse du refus d'agrément de l'héritier de l'associé d'une SNC, et son droit au remboursement de la valeur des parts¹⁷⁷⁴. Cette exclusion se comprend néanmoins en raison de la rigueur de l'engagement des associés, et de l'impossibilité de contraindre la société par la sanction de l'agrément tacite, laquelle lui fait courir le risque qu'un tiers insolvable devienne associé¹⁷⁷⁵. Mais cette exclusion a aussi une double conséquence vis-à-vis du cédant : elle le prive à la fois du droit de céder ses parts sociales et le contraint à rester engagé, peut-être perpétuellement, dans la société.

Le domaine du dispositif du rachat apparaît ainsi limité : explicite pour la SARL, les sociétés par actions et la société civile, son existence est en revanche douteuse à l'égard de la SAS et de la société européenne, tandis qu'il est clairement inexistant pour le cessionnaire refusé d'une SNC ou d'une commandite simple. Dans ce dernier cas, la pratique organise des parades conventionnelles afin de contrer cette absence.

B. Les parades conventionnelles existantes pour les sociétés exclues du dispositif de rachat.

468. Des parades à la licéité incertaine. Plusieurs parades à cette exclusion existent, mais leur licéité est discutable au regard de l'article L. 221-13 du Code de commerce, applicable à la SNC, et à la société en commandite simple par renvoi. Cette incertitude créée une regrettable cause d'insécurité juridique fondée tantôt sur sa contrariété à l'ordre public sociétaire, tantôt sur

¹⁷⁷² *Contra* URBAIN-PARLEANI (I.), « La fusion-absorption à l'épreuve des clauses d'agrément. Le cas particulier de la transmission des droits sociaux dans le capital d'une société tierce », in *Aspects actuels du droit des affaires : mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p. 1061, spéc. p. 1064, pour qui « aucune procédure de rachat n'est organisée légalement ; c'est aux statuts d'énoncer les modalités particulières permettant à un associé de ne pas rester prisonnier de ses titres ». Partageant cette opinion : CHARVERIAT (A.), COURET (A.), ZABALA (B.), avec le concours de MERCADAL (B.), *Mémento pratique, Sociétés commerciales*, éd. Francis Lefebvre, 2012, p. 886, n° 60701.

¹⁷⁷³ V. *supra* n° 389.

¹⁷⁷⁴ C. com., art. L. 221-15, al. 5.

¹⁷⁷⁵ Pour le palliatif proposé, v. *infra* n° 523.

la prohibition du caractère perpétuel de l'engagement de l'associé cédant, auquel l'oblige le refus d'agrément¹⁷⁷⁶.

468-1. Une clause de retrait ou de rachat. Certains auteurs regrettent que le législateur n'ait pas conféré aux associés en nom un véritable droit de retrait, à l'instar de celui dont disposent les associés d'une société civile¹⁷⁷⁷. Il serait néanmoins possible de l'instaurer statutairement, que la société se réserve le droit d'accepter le retrait ou qu'elle s'y engage dès la stipulation de cette clause, par le biais d'une obligation de rachat¹⁷⁷⁸ ; cette dernière se réalisant grâce à une réduction de capital impliquant le remboursement des parts de l'associé partant, ou même, par une acquisition de ses coassociés¹⁷⁷⁹.

En dépit de cette pratique courante, la jurisprudence a rarement eu l'occasion de se prononcer sur la licéité de ces clauses. Un arrêt rendu par la Cour d'appel d'Aix-en-Provence, le 25 mai 2007, admit toutefois la validité d'une clause stipulant qu'à défaut d'agrément, les associés étaient tenus de racheter des parts sociales du cédant, à proportion de leur participation dans le capital social¹⁷⁸⁰. La doctrine reste néanmoins divisée sur le principe de leur licéité¹⁷⁸¹.

Selon leurs adversaires, ces clauses seraient illicites en raison de leur contrariété au texte, à sa lettre comme à son esprit. En effet, s'agissant des SNC, le législateur de 1966 a précisé à l'alinéa 2, de l'article L. 221-13 du Code de commerce, que toute clause contraire à la règle du vote unanime était réputée non écrite. Admettre la validité des clauses de rachat aboutirait donc, selon ces auteurs, à réaliser une cession de parts sociales nonobstant l'opposition d'un associé. De plus,

¹⁷⁷⁶ C. civ., art. 1210 : « Les engagements perpétuels sont prohibés.

Chaque contractant peut y mettre fin dans les conditions prévues par le contrat à durée indéterminée. »

Adde ANDREU (L.), THOMASSIN (N.), *Cours de droit des obligations*, Gualino, 2^{ème} éd., 2017, p. 292, n° 777, MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.), *Droit des obligations*, Defrénois, coll. Droit civil, 8^{ème} éd., 2016, p. 522, n° 915.

¹⁷⁷⁷ C. civ., art. 1869, al. 1er : « Sans préjudice des droits des tiers, un associé peut se retirer totalement ou partiellement de la société, dans les conditions prévues par les statuts ou, à défaut, après autorisation donnée par une décision unanime des autres associés. Ce retrait peut également être autorisé pour justes motifs par une décision de justice ».

BOUGNOUX (A.), *J. Cl. Sociétés Traité*, fasc. 59-20, v. « Sociétés en nom collectif. – parts sociales – cession entre vifs », 2008, *spéc.* n° 2 ; SAUGET (I.), *Le droit de retrait de l'associé*, thèse Paris X – Nanterre, 1991, p. 224, n° 246.

Adde GEORGES (E.), *Essai de généralisation d'un droit de retrait dans la société anonyme*, préf. J.-J. Daigre, L.G.D.J., coll. de la Faculté de droit et de sciences sociales de Poitiers, 2006.

¹⁷⁷⁸ En ce sens, v. MORTIER (R.), *Opérations sur capital social*, 2^{ème} éd., Litec, 2015, p. 515, n° 849.

¹⁷⁷⁹ Pour une démonstration de la diversité des clauses de retrait, v. SAUGET (I.), *thèse préc.*, p. 244, n° 276, et pour la définition du droit de retrait, v. p. 624, n° 705 : « le droit de retrait peut se définir comme la prérogative reconnue à l'associé de mettre fin, s'il le désire, à sa participation sociale en reprenant ses apports, sans qu'il lui soit nécessaire de se trouver un successeur, ses droits sociaux étant acquis par la société en vue de leur annulation ».

¹⁷⁸⁰ CA Aix-en-Provence, 25 mai 2007, *Dr. sociétés* 2007, comm. 221, obs. (J.) MONNET.

Comp. avant la loi de 1966 : Cass. civ., 12 novembre 1951, *Bull. civ.* 1951, II, n° 327 ayant admis la licéité des clauses de rachat.

¹⁷⁸¹ De RAVEL d'ESCLAPON (Th.), « La validité des clauses de rachat dans les sociétés en nom collectif », *LPA* 2008, n° 224, p. 4 ; BOUGNOUX (A.), *J. Cl. Sociétés Traité*, fasc. 59-20, v. « Société en nom collectif. – parts sociales – cession entre vifs », 2008, *spéc.* n° 64-74, et les références citées.

Également en ce sens, v. MERLE (Ph.), avec la collaboration de FAUCHON (A.), *Droit commercial, Sociétés commerciales*, Dalloz, coll. Précis, 20^{ème} éd., 2017, p. 193, n° 190.

celle-ci modifierait la répartition initiale du capital social, ce qu'a précisément souhaité éviter le législateur, en renforçant l'*intuitu personae* de la SNC par l'impérativité d'un vote unanime de l'agrément¹⁷⁸². Enfin, ce retrait statutaire serait illicite car, dans le cas précis d'une réduction de capital, il réduirait unilatéralement la garantie fournie aux créanciers sociaux et, corrélativement, celle donnée à la société et aux associés restants¹⁷⁸³. Est-ce à dire que les réductions de capital soient interdites dans ces sociétés, ou plus dangereuses que pour les autres ? Certainement pas, car leur capital social a un rôle de garantie moindre par rapport au patrimoine de chaque associé¹⁷⁸⁴.

Plus généralement, l'ensemble de ces arguments n'est pas convaincant pour trois raisons.

- En premier lieu, ce retrait ne saurait porter atteinte aux intérêts des créanciers sociaux, celui-ci n'étant effectif que pour les engagements pris par la société postérieurement à sa publication, conformément d'ailleurs aux effets d'une cession agréée ; l'associé sortant est par ailleurs toujours tenu des engagements passés¹⁷⁸⁵. De plus, les créanciers d'une SNC bénéficient de la solidarité entre les associés, ce qui a pour effet d'accroître l'assiette de leur droit de gage général par rapport à ceux d'une société civile¹⁷⁸⁶.

- En second lieu, l'objet de l'agrément n'est pas de créer une inaliénabilité, mais de statuer sur l'admission de la personne du cessionnaire au sein de la société ou, s'il est associé, sur la modification de sa participation au capital social. Le vote à l'unanimité a pour finalité de renforcer l'*intuitu personae* quant à ce choix, c'est en ce sens que toute clause contraire est réputée non écrite.

¹⁷⁸² *Ibid.*

¹⁷⁸³ LE CANNU (P.), DONDERO (B.), *Droit des sociétés, Montcbrestien*, 6^{ème} éd., 2015, p. 886, n° 1400. Ces auteurs ajoutent qu'en présence d'une réduction du capital à zéro (coup d'accordéon), celle-ci doit être assimilée à une cession et donc, par analogie avec l'article L. 221-13 du Code de commerce, être décidée à l'unanimité.

¹⁷⁸⁴ *Comp.* favorablement à l'auto-détention par ces sociétés de leurs parts sociales : MORTIER (R.), *J. Cl. Sociétés Traité*, fasc. 1658, v. « Rachat d'actions ou de parts sociales », 2014, n° 91 ; - ; *Le rachat par la société de ses droits sociaux*, préf. J.-J. Daigre, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 27, 2003, p. 503, n° 646.

¹⁷⁸⁵ Décidant que l'associé cédant la totalité des parts sociales qu'il détient dans une SNC reste tenu à l'égard des tiers de la totalité du passif antérieur à sa retraite, même si son départ a été régulièrement publié, quelles que soient la cause et les circonstances de son départ (Cass. civ., 16 mars 1942, *JCP G* 1942, II, 1854, note (D.) BASTIAN ; Cass. com., 4 janvier 1994, n° 91-19.680, Pascal c/ CÉ du Cantal, *Dr. sociétés* 1994, comm. 55, note (H.) LE NABASQUE ; *JCP E* 1994, I, 363, n° 9, obs. (A.) VIANDIER et (J.-J.) CAUSSAIN ; *Bull. Joly Sociétés* 1994, p. 314, note (P.) LE CANNU.

¹⁷⁸⁶ V. en ce sens, SAUGET (I.), *Le droit de retrait de l'associé*, thèse Paris X – Nanterre, 1991, p. 320, n° 367 : « La protection des créanciers ne s'opposant pas à l'existence du retrait dans les sociétés civiles, elle ne saurait a fortiori s'y opposer dans les sociétés commerciales. En effet, les associés des sociétés commerciales de personnes ne répondent pas seulement indéfiniment des dettes sociales, mais également solidairement ; de plus, ils peuvent être poursuivis après une simple mise en demeure adressée à la société, demeurée infructueuse. Il serait alors paradoxal d'invoquer le principe d'intangibilité du capital pour condamner les clauses statutaires de retrait dans les sociétés commerciales alors que leurs créanciers sont mieux protégés que ceux des sociétés civiles dans lesquelles pourtant le législateur n'a pas hésité à porter atteinte à ce principe pour reconnaître l'existence d'un droit de retrait ».

- En troisième lieu, il suffit de constater l'admission par le droit positif des clauses de continuation en cas de décès d'un associé pour combattre l'opinion précédemment exprimée¹⁷⁸⁷. En effet, le législateur permet aux associés de prévoir la continuation de la société entre eux, à l'exclusion de toute autre personne. Il semble que si une telle faculté est admise en cas de mort, elle devrait également l'être en cas de vie afin de permettre à la société de survivre à la volonté d'un associé de quitter le groupement. De plus, n'est-il pas contraire à la prohibition des engagements perpétuels de maintenir l'associé dans la société contre sa volonté¹⁷⁸⁸ ? D'autant plus qu'il n'existe pas de marché pour revendre ses parts. Il est dès lors fort probable qu'il soit contraint d'y rester à vie¹⁷⁸⁹. Deux techniques juridiques permettent toutefois de contrer les effets indésirés de l'unanimité : la conclusion d'une convention de croupier et la stipulation d'un terme au contrat de société.

468-2. Une convention de croupier. La conclusion de cette convention a des effets quasi-similaires à ceux d'une cession, sauf que le cédant est toujours associé pour la société et les tiers¹⁷⁹⁰. En revanche, dans ses relations avec le tiers croupier, il lui accordera la cession des bénéfices générés par ses parts, en contrepartie du remboursement par celui-ci de leur valeur, et de l'engagement de supporter l'éventuel passif¹⁷⁹¹. Cette solution demeure toutefois inopportune dans le cadre de l'anticipation d'une succession, en raison de son inopposabilité à la société. Enfin, il reste une dernière parade au risque de blocage créé par l'article L. 221-13 du Code de commerce.

468-3. La stipulation d'un terme au contrat de société. Cette possibilité dépend de l'objet de la société, lequel peut se réaliser à plus ou moins court terme. La technique consiste ainsi à stipuler une durée de la société, relativement brève, pour réserver aux associés la possibilité de reprendre leur liberté¹⁷⁹². Par ailleurs, comme la pratique existante avant la réforme de 1966, il pourrait être envisagé de stipuler une clause de préemption, dont la nature fut souvent assimilée à celle du dispositif de rachat.

¹⁷⁸⁷ C. com., art. L. 221-15, al. 2.

¹⁷⁸⁸ V. notamment : SIMLER (Ph.), « L'article 1134 du Code civil et la résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée », *JCP* 1971, I, 2413; GÉNICON (Th.), « "Résolution" et "résiliation" dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats », *JCP G* 2015, n° 38, p. 1605.

¹⁷⁸⁹ À propos de la proposition d'instituer un droit de retrait au profit du cédant, v. *infra* n° 520.

¹⁷⁹⁰ L'associé conserve ses prérogatives, tant en ce qui concerne les résolutions à prendre que le contrôle de la gestion sociale (CA Paris, 19 février 1979, (2 espèces), *Rev. sociétés* 1980, p. 283, note (D.) RANDOUX).

¹⁷⁹¹ Pour plus de précisions sur la convention de croupier, v. *infra* n° 585; MAGNIER (V.), *Droit des sociétés*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2017, p. 171, n° 288. En pratique, une convention de portage peut également être conclue, v. à ce propos : GIBIRILA (D.), v. « Nom collectif (société en) », in *Rép. Soc. Dalloz*, 2012, *spéc.* n° 298.

Adde LEDUC (F.), « Réflexions sur la convention de prête-nom, contribution à l'étude de la représentation imparfaite », *RTD civ.* 1999, p. 283.

¹⁷⁹² Cette durée sera le plus souvent entre 3 et 15 ans (v. en ce sens : LE CANNU (P.), DONDERO (B.), *Droit des sociétés*, Montchrestien, 6^{ème} éd., 2015, p. 886, n° 1401).

II. La discussion relative à la nature du dispositif de rachat.

469. Un droit de préemption ou une obligation légale ? Avant la réforme de 1966, la pratique stipulait couramment l'application d'une clause de préemption consécutivement à un refus d'agrément. Cette stipulation était rarement faite en vue de respecter les droits de l'associé cédant, mais plutôt par souci de protéger les intérêts de la société¹⁷⁹³. En effet, refuser l'agrément étant une décision discrétionnaire, la société encourrait le risque de la voir annuler sur le fondement de l'abus de droit¹⁷⁹⁴.

L'esprit de la loi du 24 juillet 1966 est tout autre. L'acquisition des droits sociaux du cédant par la société ou, un cessionnaire de son choix a, avant tout pour objectif, de protéger l'associé contre le risque de rester « prisonnier de son titre »¹⁷⁹⁵. La doctrine se demanda alors si ce changement de finalité n'avait pas pour effet de modifier la nature de la préemption : ce que la pratique considérait comme un droit de substitution au profit de la société, la loi le transformait-elle en une obligation légale ?

Cette interprétation du texte au regard de sa *ratio legis* fut confirmée par une réponse ministérielle et, implicitement dans un premier temps, par un arrêt de rejet de la Cour de cassation¹⁷⁹⁶. Dès lors, certaines conséquences se déduisirent de cette qualification. Si la société est débitrice d'une obligation envers l'associé cédant, c'est donc que celui-ci est dans la position d'un créancier. En ce sens, et dans un second temps, un arrêt de la Chambre commerciale, du

¹⁷⁹³ Un arrêt de la Cour de cassation a d'ailleurs imposé, bien avant la loi, la stipulation obligatoire d'une clause de préemption en cas de refus d'agrément (Cass. req., 13 mars 1882, *D.* 1883, I, p. 83).

¹⁷⁹⁴ V. à ce propos les références citées par : ESCARRA (J.), ESCARRA (E.), RAULT (J.), *ibidem* ; RIPERT (G.), ROBLOT (R.), *ibidem*.

Et récemment le rejet de l'abus de droit invoqué lors de la mise en œuvre d'une clause de préemption : CA Paris, pôle 5, ch. 8, 23 novembre 2016, *RTD civ.* 2017, p. 375, obs. (H.) BARBIER. Selon la Cour d'appel de Paris : « L'exercice du droit de préemption dans le but de contrer la montée au capital d'un actionnaire dont on ne partage pas la vision, pour venir soutenir la participation d'un autre actionnaire, ne constitue pas une fraude, dès lors qu'il procède du droit légitime des actionnaires de préserver leurs intérêts et qu'il est exercé dans des conditions conformes aux statuts ».

¹⁷⁹⁵ Cette expression est souvent utilisée par la doctrine. V. par exemple : RIPERT (G.), ROBLOT (R.), *ibidem* ; HÉMARD (J.), TERRÉ (F.), MABILAT (P.), *Sociétés commerciales*, t. 1, Dalloz, 1972, p. 441, n° 433. En outre selon ces derniers, le dispositif institué en cas de refus d'agrément par le législateur de 1966 est proche de celui de la loi belge sur les sociétés de personnes à responsabilité limitée (art. 127 et 128) ; toutefois, en droit belge, le refus permet à l'associé de demander la dissolution de la société, alors que la loi française permet de réaliser la cession projetée (*op. cit.*, p. 442, n° 433).

En ce qui concerne l'esprit de la loi, il convient de se référer aux travaux parlementaires, v. HAMIAUT (M.), *op. cit.*, 1966, p. 61, citant Monsieur Molle, rapporteur au Sénat : « Vous savez que l'article 45 a pour but de permettre aux porteurs de parts de sociétés à responsabilité limitée de ne pas être liés indéfiniment à cette société et de pouvoir s'en retirer sans de trop grands inconvénients. Puisque la cession doit être autorisée par la société, il a été décidé que dans le cas où cette autorisation serait refusée, la société se trouverait tenue, à l'expiration d'un certain délai, de procurer elle-même un cessionnaire à l'associé voulant se retirer ou de procéder au remboursement de ses parts ».

¹⁷⁹⁶ *Rép. Min.*, n° 3241, JOAN Q, 1^{er} février 1969, p. 267. Cass. com., 3 avril 1973, *Bull. civ.* 1973, IV, p. 128 ; *D.* 1973, p. 580, note (J.) LACOMBE ; *Rev. sociétés* 1974, p. 713, note (M.) GUILBERTEAU. Dans cet arrêt, la Chambre commerciale rejette le pourvoi formé contre un arrêt de la Cour d'appel de Paris (CA Paris, 26 octobre 1971, *JCP* 1972, II, 17239, note (N.) BERNARD ; *Rev. sociétés* 1972, p. 713, note (M.) GUILBERTEAU) qui avait décidé que le cédant n'était pas tenu de maintenir la cession envisagée. La décision des juges du fond précisait que le cédant n'avait jamais manifesté sa volonté d'accepter le prix offert par les acquéreurs désignés ou celui fixé par l'expert (C. civ., anc. art. 1868 ; nouv. art. 1843-4).

10 mars 1976, confirma explicitement cette opinion dans un attendu de principe selon lequel : « [...] il résultait, tant des articles 1582 et 1583 du Code civil que L. 274, alinéa 1^{er} et L. 275 [de la loi du 24 juillet 1966], qu'au cas où la société n'agrée pas le cessionnaire proposé par un actionnaire, l'obligation, pour les dirigeants sociaux, de faire acquérir les actions, objet de la cession, ne leur confère pas le droit d'évincer l'actionnaire, si celui-ci renonce à vendre ses actions »¹⁷⁹⁷.

Interprété *a contrario*, cela signifie que si la société avait été bénéficiaire d'un droit de préemption, elle aurait pu évincer le cédant sans qu'il puisse renoncer à la cession¹⁷⁹⁸.

Par conséquent, la nature du dispositif du rachat est celle d'une obligation légale à la charge de la société¹⁷⁹⁹. Toutefois, la loi est imprécise quant à la teneur exacte de son objet. Une proposition de rachat suffit-elle à la libérer ou, au contraire, doit-elle être effectivement exécutée avant l'expiration du délai ? L'analyse de ses modalités d'exécution permettra de répondre à cette question.

§ II. Les modalités d'exécution de l'obligation légale de rachat.

470. Plan. Ces modalités requièrent le respect de diverses règles procédurales, lesquelles peuvent présenter certaines particularités si des désaccords surviennent entre la société et l'associé cédant (II). Source de complexité, leur diversité est-elle pour autant toujours justifiée ? Afin de le savoir, il convient d'analyser chacune de ces règles, en regroupant celles communes à l'ensemble des sociétés, et en séparant celles spécifiques à une structure ou à certains faits générateurs (I).

I. Les règles procédurales consécutives au refus d'agrément.

471. Plan. Une fois le refus d'agrément notifié, l'exécution de l'obligation de rachat requiert de respecter certaines modalités chronologiquement encadrées. En premier lieu, il conviendra de constater que cette obligation peut avoir un objet différent selon la qualité de la personne refusée,

¹⁷⁹⁷ Cass. com., 10 mars 1976, *Bull. civ.* 1976, IV, p. 80 ; *Rev. sociétés* 1976, p. 332, note (J.) HÉMARD ; *JCP* 1976, II, 18406, note (A.) RABUT ; *RTD com.* 1976, p. 533, note (R.) HOUIN. *Adde* HÉMARD (J.), TERRÉ (F.), MABILAT (P.), *Sociétés commerciales*, t. 3, Dalloz, 1978, p. 81, n° 114. V. récemment à propos d'une société civile : Cass. com., 7 décembre 2010, n° 09-17.351, *Bull. civ.* 2010, IV, n° 194 ; *Rev. sociétés* 2011, p. 296, note (B.) SAINTOURENS, précisant que l'article 1862 ne confère aux associés aucun droit de préemption.

¹⁷⁹⁸ En ce sens, v. SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *Le droit de préemption*, préf. P. Raynaud, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, t. 164, 1979, p. 130, n° 145 : « [...] ce particularisme du régime de préemption au cas de refus d'agrément n'est qu'une preuve supplémentaire de l'inexactitude de la qualification de préemption dans cette hypothèse. La véritable préemption est l'exercice d'un droit de substitution sur l'exercice duquel aucune pression ne peut être faite. La prétendue préemption de la société qui doit acheter les titres de l'associé sortant n'est rien d'autre qu'une obligation légale d'achat ». Également en ce sens, v. MOURY (J.), « Des clauses restrictives de la libre négociabilité des actions », *RTD com.* 1989, p. 187. Pour plus de précisions sur le droit de repentir du cédant, v. *infra* n° 510 et s.

¹⁷⁹⁹ Rien n'interdit toutefois d'assortir le dispositif du rachat d'une clause de préférence, v. en ce sens à propos d'un nantissement : CA Paris, 25 septembre 1992, *JCP E* 1993, I, 250, obs. (A.) VIANDIER et (J.-J.) CAUSSAIN.

cessionnaire ou ayant droit de l'associé (A). En second lieu, une hypothèse particulière sera étudiée : celle de l'exigence pour les sociétés par actions de la désignation, par certains organes sociaux, du tiers substitué à la personne refusée (B). En troisième lieu, il sera constaté que, plus généralement, l'obligation d'acquérir doit être exécutée dans un certain délai ; délai certes variable d'une société à une autre, mais dont l'importance est égale pour chacune d'elles puisque son expiration est sanctionnée par l'agrément tacite du bénéficiaire initial des droits sociaux¹⁸⁰⁰ (C). Enfin, seul un texte propre à la société civile oblige celle-ci à notifier l'alternative choisie consécutivement au refus d'agrément (D). Ces formalités, parfois hétéroclites, sont-elles toutes nécessaires ? Certaines ne devraient-elles pas être supprimées ou, au contraire, généralisées ?

A. L'objet de l'obligation légale d'acquérir les droits sociaux du cédant.

472. Plan. Au regard des textes, l'objet de l'obligation de rachat varie selon que le refus d'agrément concerne un cessionnaire, un adjudicataire (1), ou l'ayant droit d'une transmission de droits sociaux (2). Pourquoi une telle distinction ? Les éléments justifiant de scinder cet objet nécessiteront d'être mis en évidence.

1. L'objet de l'obligation légale consécutive au refus d'agrément d'un cessionnaire ou d'un adjudicataire.

473. Plan. Cet objet est commun à l'ensemble des sociétés (a), mais il présente néanmoins des spécificités dans certains cas (b).

a. Un objet commun à l'ensemble des sociétés.

Cet objet consiste à acquérir les droits sociaux selon deux modalités alternatives¹⁸⁰¹, lesquelles peuvent être aménagées dans une certaine mesure par les associés.

474. Une acquisition par une personne désignée ou un rachat par la société. Une alternative se présente à la société correspondant à la dualité d'objet de l'obligation de rachat. Soit les associés trouvent un nouveau cessionnaire, lequel peut être un tiers ou l'un d'entre eux, soit la société procède au rachat des droits sociaux de l'associé cédant, exceptionnellement par auto-

¹⁸⁰⁰ À propos de l'agrément tacite, v. *infra* n° 602 et s.

¹⁸⁰¹ À propos de la nécessité d'exécuter cette obligation avant l'expiration du délai, v. *infra* n° 499 et s.

détention comme cela est permis pour la SAS et la société européenne¹⁸⁰² ou, plus généralement, par une réduction de son capital social¹⁸⁰³. Dans ce cas, le cédant doit consentir à la réduction de capital en raison de la taxation consécutive au remboursement de ses droits sociaux¹⁸⁰⁴. Son consentement à l'opération est en effet exigé par la loi car, lors des débats parlementaires, il fut imaginé que la société puisse exercer un chantage sur le cédant en le menaçant d'accepter le remboursement et, ainsi, de subir le préjudice causé par cette taxation¹⁸⁰⁵. Si le cédant accepte, la société dont les liquidités sont insuffisantes peut, en outre, demander un délai de paiement de deux ans maximum, sur justification, au président du tribunal de commerce statuant en référé. Cette possibilité n'est toutefois formulée qu'à l'égard des SARL¹⁸⁰⁶. Mais plus généralement, ces modalités d'exécution peuvent être aménagées par l'ensemble des sociétés.

475. Les possibles aménagements en cas d'acquisition par les associés. Le professeur Lecourt s'est demandé s'il fallait considérer les associés comme également tenus par l'obligation de rachat¹⁸⁰⁷. Concrètement, les débiteurs du rachat sont-ils, exclusivement ceux qui ont refusé l'agrément ou, l'ensemble des associés, y compris ceux favorables à son octroi ? L'auteur répond à cette question en précisant qu'il s'agit là « des conséquences de la procédure d'agrément »¹⁸⁰⁸, lesquelles ne sont pas d'ordre public. Le terme de « conséquence » est toutefois trop vaste : jusqu'à son dénouement, la procédure d'agrément est soumise à des règles d'ordre public afin de protéger à la fois le droit du cédant, et l'*intuitu personae* de la société. Plus restrictivement, du point de vue de l'objet de l'obligation de rachat, ce sont ses modalités

¹⁸⁰² C. com., art. L. 227-18, al. 2 (SAS) ; art. L. 229-14, al. 2 (société européenne). Ces titres auto-détenus doivent être cédés ou annulés dans un délai de six mois.

Cette possibilité aurait pu être généralisée à l'ensemble des sociétés par actions, l'article L. 228-24 figurant dans une section du Code de commerce relative « aux actions ». Dès lors, peut-être faudrait-il supprimer la mention, à son alinéa 2, du rachat par la société « en vue d'une réduction de son capital » pour seulement indiquer l'éventualité du rachat par la société, sans autre précision sur ses modalités de réalisation.

Adde pour l'exposé du régime de l'auto-détention d'actions : MORTIER (R.), *J. Cl. Sociétés Traité*, fasc. 1658, v. « Rachat d'actions ou de parts sociales », 2014, n° 93 et s.

¹⁸⁰³ Pour une cession, v. C. civ., art. 1862 (société civile) ; C. com., art. L. 223-14, al. 4 (SARL) ; C. com., art. L. 228-24, al. 2 (sociétés par actions). Pour un nantissement, v. C. civ., art. 1867 et 1868 (société civile) ; C. com., art. L. 223-15 (SARL) ; C. com., art. L. 228-26 (sociétés par actions). Ces deux derniers textes mentionnent la possibilité de racheter les actions nanties uniquement au profit de la société en vue d'une réduction de son capital.

Adde MORTIER (R.), *thèse préc.*, p. 144, n° 172.

¹⁸⁰⁴ Cette opération est fiscalement assimilée à un revenu distribué mais sa portée est limitée car elle concerne les sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés (v. en ce sens : MORTIER (R.), *thèse préc.*, p. 147, n° 175).

Adde CA Paris, 1^{ère} ch. sect. A, 16 avril 1996, n° 91-17.228, Consorts Marchal c/ Maître Bourdaire, *Bull. Joly Sociétés* 1996, p. 826, note (A.) COURET : le conseil juridique qui n'informe pas le cédant des conséquences fiscales de ce rachat, par la société, manque à son obligation de conseil et engage sa responsabilité contractuelle au titre de l'imposition de la plus-value réalisée par le cédant.

¹⁸⁰⁵ HAMIAUT (M.), *La réforme des sociétés commerciales*, vol. 1, Dalloz, 1966, p. 61.

¹⁸⁰⁶ C. com., art. L. 223-14, al. 4 *in fine*. Le texte ajoute que les sommes dues portent intérêt au taux légal en matière commerciale.

¹⁸⁰⁷ LECOURT (A.), « Rachat de parts sociales après refus d'agrément : un droit irréversible au profit du cédant ? », note sous Cass. com., 2 novembre 2011, F-P+B, n° 10.-15.887, Lokmane c/ Société Lamid, *Rev. sociétés* 2012, p. 161, *spéc.* n° 17.

¹⁸⁰⁸ *Ibid.*

d'exécution qui sont laissées à l'appréciation de la société, dans la limite du respect des règles procédurales¹⁸⁰⁹. Sous cet angle, cette affirmation doit dès lors être approuvée.

Cette analyse est d'ailleurs confirmée à l'égard des associés d'une société civile aux articles 1862 et 1867 du Code civil¹⁸¹⁰, ce dernier ayant trait au nantissement de parts sociales. La jurisprudence a également admis la validité d'une telle clause aux termes de laquelle, l'obligation de rachat pesait sur tous les associés, proportionnellement au nombre de parts qu'ils détenaient. Ceci est parfaitement justifié car l'agrément, et son refus, sont avant tout donnés au nom de la société, non en celui des associés pris individuellement. Ces derniers sont donc *a priori* égaux face aux conséquences de cette décision sociale. Mais aucune disposition légale n'interdit qu'une clause fasse supporter le rachat aux seuls associés ayant refusé de donner l'agrément, avec la possibilité, toutefois, de réserver la faculté pour les autres d'y participer s'ils le jugent opportun ; cette clause de préférence étant tout à fait licite en vertu de la liberté contractuelle¹⁸¹¹.

Le droit positif est par conséquent satisfaisant, bien qu'il nécessite, pour concevoir complètement les modalités d'exécution du rachat, de réunir bout à bout les dispositions dispersées au sein du corpus de chaque société. Il existe toutefois quelques particularités irréductibles à la généralité des précédents propos.

b. Les spécificités de l'exécution de l'obligation de rachat.

476. Plan. Deux hypothèses particulières retiennent l'attention et suscitent des questionnements sur leur raison d'être. En premier lieu, la détermination du prix de rachat pose des problèmes en présence d'une adjudication¹⁸¹² (α). En second lieu, une règle spéciale propre à la SARL exige une durée de détention des parts sociales par l'associé cédant, pour pouvoir bénéficier du droit à leur rachat (β).

a. Le problème de la détermination du prix de rachat de l'adjudicataire.

Comment déterminer le prix applicable aux droits sociaux rachetés par les associés ou la

¹⁸⁰⁹ V. en ce sens, l'illicéité de l'acompte versé par la société, sans avoir payé le reste du prix de rachat avant l'expiration du délai (v. *infra* n° 499).

¹⁸¹⁰ C. civ., art. 1862, al. 1 : « Lorsque plusieurs associés expriment leur volonté d'acquérir, ils sont, sauf clause ou convention contraire, réputés acquéreurs à proportion du nombre de parts qu'ils détenaient antérieurement. » ; art. 1867, al. 3 : « Chaque associé peut se substituer à l'acquéreur dans un délai de cinq jours francs à compter de la vente. Si plusieurs associés exercent cette faculté, ils sont, sauf clause ou convention contraire, réputés acquéreurs à proportion du nombre de parts qu'ils détenaient antérieurement ».

¹⁸¹¹ CA Paris, 25 septembre 1992, *JCP E* 1993, I, 250, note (A.) VIANDIER et (J.-J.) CAUSSAIN.

¹⁸¹² Pour les problèmes liés à la détermination de la valeur des droits sociaux due aux héritiers refusés, v. *infra* n° 486 et s.

société ? Ce prix est en principe issu de la liberté contractuelle¹⁸¹³. Mais cette réponse présente certaines particularités consécutivement au refus d'agrément de l'adjudicataire, en raison du caractère forcé de la cession.

477. En cas de refus de l'adjudicataire. Dans cette hypothèse, le prix du rachat est susceptible d'être déterminé de deux façons : convient-il de préférer l'application du droit commun de la procédure d'agrément, avec pour charge de trouver un nouvel accord sur le prix de rachat ou, au contraire, le prix fixé lors de la vente forcée doit-il être maintenu ?

Dans un arrêt rendu le 11 décembre 1992 à propos d'une société civile, la Cour d'appel de Paris a considéré que les articles 1867 et 1868 du Code civil étaient exclusifs de l'application de l'article 1861 du même Code, ayant trait à l'agrément en cas de cession. En revanche, l'article 1843-4 était, selon elle, applicable¹⁸¹⁴.

Cette solution doit être approuvée. Les articles 1867 et 1868 du Code civil, relatifs au nantissement, font figure de règles spéciales par rapport à l'article 1861, régissant le droit commun de la procédure d'agrément pour la société civile. En vertu de l'adage « *specialia generalibus derogant* », leur application devrait toujours primer celle du droit commun¹⁸¹⁵, sauf renvois expresses de la loi. Et tel est le cas lorsqu'il s'agit de déterminer les conditions du rachat des parts sociales par les associés ; l'article 1868 opère ainsi un renvoi aux articles 1862 et 1863 du Code civil, ayant trait au rachat consécutif à un refus d'agrément. Les acquéreurs substitués à l'adjudicataire refusé devront alors lui proposer un prix. En cas de contestation, celui-ci sera fixé conformément aux dispositions de l'article 1843-4 du Code civil, en vertu du renvoi exprès fait à ce dernier par l'article 1862 du Code civil¹⁸¹⁶.

En pratique, il est toutefois vraisemblable que l'expert ne détermine pas un prix différent que celui issu de l'adjudication¹⁸¹⁷. Cette solution a dès lors le mérite d'obliger les parties à renégocier le prix d'acquisition. Elle devrait de même être transposée à la SARL et aux sociétés par actions,

¹⁸¹³ En cas de contestation, l'article 1843-4 du Code civil est applicable (v. à ce propos, *infra* n° 502).

¹⁸¹⁴ CA Paris, 15^{ème} ch., sect. B, 11 décembre 1992, *Juris-Data* n° 1992-024408, *Dr. sociétés* 1993, comm. 69, note (Th.) BONNEAU.

¹⁸¹⁵ Cass. 3^{ème} civ., 14 janvier 2009, n° 07-17.619, FS-P+B, Mme Poisson c/ Mme Champagne de Labriolle, *D.* 2009, AJ p. 305, *Rev. sociétés* 2009, p. 366, obs. (D.) PORACCHIA ; *RTD com.* 2009, p. 569, note (Cl.) CHAMPAUD ; *Dr. sociétés* 2009, comm. 70, note critique (R.) MORTIER. Cet arrêt ne censure pas l'application prévue dans le cahier des charges des articles 1861 à 1864 du Code civil.

¹⁸¹⁶ V. en ce sens : Cass. com., 28 septembre 2004, Eak Thong Ung c/ M. Nguon Ong et autres, *Rev. sociétés* 2005, p. 393, note (Y.) CHARTIER. Selon cet arrêt : « [...] le consentement que le débiteur saisi a pu donner au prix d'adjudication, qui est sans incidence sur l'adjudication elle-même, n'est pas davantage de nature à lui interdire de contester le prix auquel il lui est proposé de racheter les parts saisies après que la société a refusé de consentir à la cession de l'adjudicataire ; [...] ».

Il convient d'ajouter que la mention selon laquelle le cédant a le droit de conserver ses parts, le cas échéant, n'est néanmoins et logiquement pas applicable, celui-ci n'ayant pas le choix de les conserver dans le cadre d'une vente forcée.

Pour plus de précisions à propos du domaine de l'article 1843-4 du Code civil, v. *infra* n° 504.

¹⁸¹⁷ V. en ce sens : LE CANNU (P.), « Saisie-vente des droits d'associé et des valeurs mobilières non cotées (loi 9 juillet 1991 et décret du 31 juillet 1992) », *Bull. Joly Sociétés* 1992, p. 1275, *spéc.* n° 19 précisant : « [...] si l'adjudication a eu lieu, on voit mal l'expert de l'article 1843-4 fixer une valeur très éloignée de celle qui a résulté de l'adjudication ».

pour lesquelles la loi ne précise actuellement rien sur ce point¹⁸¹⁸. En revanche, celle-ci précise une condition propre à la SARL : une durée de détention de ses parts sociales par l'associé cédant pour bénéficier du dispositif de rachat.

β. Une particularité de la SARL ayant trait à la durée de détention des parts sociales.

478. Une détention des parts sociales pendant au moins deux ans. Une dernière modalité particulière doit être signalée en présence d'une SARL. Afin d'éviter la spéculation sur les parts sociales, le législateur impose leur détention par le cédant, depuis au moins deux ans au moment de la cession, pour bénéficier du droit au rachat, sauf en cas de succession, de liquidation de communauté de biens entre époux, ou de donation au profit d'un conjoint, ascendant ou descendant¹⁸¹⁹ ; la qualité des bénéficiaires de ces opérations garantissant l'absence de recherche d'un profit.

Si l'intention du législateur est légitime, il est néanmoins difficile de comprendre pourquoi seule la SARL est assujettie à cette exigence, et non l'ensemble des sociétés de personnes ; ces dernières étant par principe encore plus fermées que la SARL¹⁸²⁰. Des disparités entre les formes sociétaires existent également quant aux conséquences du refus d'agrément de l'ayant droit d'une transmission.

2. L'objet de l'obligation légale consécutive au refus d'agrément de l'ayant droit d'une transmission de droits sociaux.

479. Plan. Par rapport à l'hypothèse du refus d'un cessionnaire ou d'un adjudicataire, l'objet de l'obligation de rachat sera plus ou moins modifié et encadré, selon que l'agrément est sollicité à la suite de la liquidation du régime matrimonial d'un associé (a), à sa succession (b), ou encore, en vue de réaliser une opération de restructuration à laquelle est partie une personne morale-associée (c).

¹⁸¹⁸ V. pour la proposition de simplification, *infra* n° 547.

¹⁸¹⁹ C. com., art. L. 223-14, al. 6.

¹⁸²⁰ V. pour la proposition de sa suppression, *infra* n° 528.

a. L'objet de l'obligation consécutive au refus d'agrément du conjoint d'un associé.

480. La garantie d'éviction de l'article 884 du Code civil. Si consécutivement au partage du régime matrimonial, un époux se heurte à un refus d'agrément pour obtenir la qualité d'associé des droits sociaux attribués, aucune obligation de rachat n'a été instituée en sa faveur par le droit des sociétés. Néanmoins, il pourra toujours actionner son copartageant au titre de la garantie d'éviction du droit commun, et être indemnisé de la valeur des droits attribués¹⁸²¹. Une telle garantie est parfois expressément prévue par la procédure d'agrément. Tel est le cas lorsque des héritiers ou des légataires d'un associé décédé sont refusés.

b. L'objet de l'obligation consécutive au refus d'agrément de l'ayant cause d'un associé décédé.

481. Plan. Lorsque les associés n'ont pas choisi de dissoudre la société, et s'ils ont prévu l'application d'un agrément statutaire (société civile, SNC, SARL¹⁸²²), la loi organise l'indemnisation des héritiers ou des légataires refusés (α), ainsi que ses modalités de détermination (β). Ces dispositions ne sont toutefois pas exemptes d'imperfection.

a. Les lacunes du dispositif légal organisant l'indemnisation des héritiers ou des légataires refusés.

Ce dispositif a tantôt un domaine incohérent, tantôt un contenu imprécis à l'égard des sociétés de personnes.

482. Un dispositif de rachat au domaine incohérent. Ce dispositif particulier consiste à distinguer la qualité d'associé du droit, pour les héritiers refusés, au remboursement des droits sociaux de leur auteur¹⁸²³. Il existe pour toutes les sociétés, à l'exception des sociétés par actions¹⁸²⁴. Toutefois, une grave incohérence à l'égard de ces dernières résulte du texte propre à la société européenne. En raison du large champ d'application du mot « transfert », visé à l'article L. 229-11 du Code de commerce¹⁸²⁵, cette société a la faculté de soumettre les dévolutions

¹⁸²¹ En ce sens, v. HOVASSE (H.), « Agrément d'une transmission de parts consécutive à une liquidation de communauté », note sous CA Dijon, ch. civ., sect. B., 28 janvier 2010, Mehu c/ Mehu, *Dr. sociétés* 2010, comm. 66.

¹⁸²² V. *supra* n° 112.

¹⁸²³ À ce propos, v. *supra* n° 397.

¹⁸²⁴ V. *supra* à propos de la source de l'agrément, n° 118 et s.

¹⁸²⁵ V. *supra* n° 121.

successorales à son agrément, mais sa procédure est assortie d'un dispositif de rachat réduit à son strict minimum : un renvoi à l'article 1843-4 du Code civil en cas de désaccord sur le prix, et un délai d'auto-détention de ses actions, en cas de rachat proprement dit¹⁸²⁶. Le texte traite donc de la même façon un associé cédant et des héritiers tiers à la société, alors même que ces derniers ne disposent pas des mêmes prérogatives, notamment pour discuter la valeur des droits sociaux¹⁸²⁷. Cette faille textuelle s'explique par l'interdiction générale faite en 1966, de stipuler une clause d'agrément visant l'héritier d'un actionnaire, quelle que soit la nature de la société par actions, puisque cette règle est mentionnée dans une section du Code de commerce intitulée « Des actions »¹⁸²⁸. Dès lors, à défaut d'aménagement statutaire des conséquences du refus, ce vide juridique est dangereux car il débouche nécessairement sur une situation similaire à celle antérieure à l'adoption de la loi du 24 juillet 1966 : celle d'un droit de préemption favorable à la société¹⁸²⁹. Plus généralement, ceci illustre l'absence de souci du législateur quant à l'édification d'un système légal cohérent ; celui-ci ne tenant pas compte des règles existantes lors de l'édiction des nouvelles, que ce soit celle des sociétés par actions qui interdit l'agrément des héritiers, ou celles des sociétés de personnes qui instituent toutes un dispositif de rachat spécial. Les textes de ces dernières ne sont toutefois pas non plus toujours exempts d'incohérences. Mais en la matière, ils semblent davantage souffrir d'imprécisions.

483. Le rachat des parts des ayants droit refusés d'une société civile. L'article 1870-1 du Code civil indique que : « Les héritiers ou légataires qui ne deviennent pas associés n'ont droit qu'à la valeur des parts sociales de leur auteur ». De plus, il précise, à son second alinéa, que cette valeur doit leur être payée par les nouveaux titulaires des parts, ou par la société elle-même, si celle-ci les a rachetées en vue de leur annulation.

Cependant, en dépit de la spécificité de cette disposition, les statuts renvoient parfois aux modalités d'agrément d'une cession entre vifs. Dans ce cas, les effets d'un refus d'agrément ne sont pas transposables. Par un arrêt du 29 septembre 2009, la Cour de cassation a ainsi décidé, au double visa des articles 1134 et 1870-1 du Code civil, qu'une telle clause : « [...] ne peut avoir pour effet d'obliger les ayants droit à présenter un projet de cession portant sur des parts qui, en l'absence

Quant à la SAS, il est même possible de se demander si la loi l'autorise à stipuler une clause d'agrément visant les transmissions successorales ; l'article L. 227-14 du Code de commerce ne mentionnant dans son champ d'application que les « cessions » (v. *supra* n° 120, n° 256 et s.).

¹⁸²⁶ C. com., art. L. 229-14.

¹⁸²⁷ V. pour le refus de la jurisprudence d'assimiler les ayants droit refusés à l'associé cédant dont le cessionnaire a été refusé, *infra* n° 483.

¹⁸²⁸ La section II du chapitre VIII (« Des valeurs mobilières émises par les sociétés par actions ») du titre II (« Dispositions particulières aux diverses sociétés commerciales »), du livre II (« Des sociétés commerciales et des groupements d'intérêt économique ») du Code de commerce.

¹⁸²⁹ V. *supra* n° 469.

d'agrément, ne leur ont pas été transmises »¹⁸³⁰.

Cet arrêt mérite l'approbation. Si l'article 1870 du Code civil offre une certaine liberté aux associés pour anticiper les suites du décès d'un associé, en revanche, la stipulation d'une clause d'agrément les soumet à l'ordre public de l'article 1870-1 du même Code. En accordant ainsi aux successeurs refusés le droit d'être indemnisés de la valeur des parts de leur auteur, ce texte consacre implicitement la distinction du titre et de la finance des droits sociaux, ou, autrement dit, la distinction de la qualité d'associé de la valeur de ces droits.

Ainsi, la société, ou tout autre « nouveau[x] titulaire[s] des parts »¹⁸³¹, ne saurait échapper à sa dette légale en mettant à la charge des ayants cause du *de cuius*, une obligation de trouver un acquéreur ; tentative des associés sanctionnée en l'espèce. Car, comme le rappelle la Cour de cassation, les parts « [...] n'ont pas été transmises [aux héritiers] » ou, plus précisément faudrait-il ajouter, la qualité d'associé ne leur a pas été transmise puisqu'elle est neutralisée par la présence de l'agrément¹⁸³². Or, il est inconcevable qu'une personne ne bénéficiant pas du titre d'associé puisse être astreinte aux obligations qu'implique une telle qualité. Outre la condamnation légitime de ce type de clause, cet arrêt souligne également la spécificité des conséquences du refus d'agrément des successeurs, laquelle se retrouve dans les textes d'autres sociétés.

484. Le rachat des parts des ayants droit refusés d'une société en nom collectif. L'article L. 221-15, alinéa 4 du Code de commerce mentionne les conséquences de l'exclusion des héritiers par une clause de continuation, ou consécutivement à un refus d'agrément. Comme les successeurs non-agrérés d'une société civile, ces derniers sont « seulement créancier[s] de la société et n'[ont] droit qu'à la valeur des droits sociaux de leur auteur »¹⁸³³.

Cette règle semble transposable à la société en commandite simple en vertu du renvoi fait par l'article L. 222-2 du Code de commerce, et cela même, en l'absence de précision des

¹⁸³⁰ Cass. com., 29 septembre 2009, n° 08-16.368, F-P+B, Mme Bertrand c/ GAEC Troisel, *JurisData* n° 2009-049687, *Rev. sociétés* 2010, p. 42, note (B.) SAINTTOURENS ; *RTD com.* 2010, p. 161, note (M.-H.) MONSÉRIÉ-BON, *RTD com.* 2010, p. 143, obs. (Cl.) CHAMPAUD et (D.) DANET ; *Dr. sociétés* 2009, comm. 221, note (R.) MORTIER.

¹⁸³¹ L'article 1870-1 du Code civil dispose que : « Les héritiers ou légataires qui ne deviennent pas associés n'ont droit qu'à la valeur des parts sociales de leur auteur. Cette valeur doit leur être payée par les nouveaux titulaires des parts ou par la société elle-même si celle-ci les a rachetées en vue de leur annulation » (nous le soulignons).

¹⁸³² Et ce même si certains textes spéciaux, comme celui relatif au GAEC en l'espèce, accordent parfois certaines prérogatives d'associé aux successeurs. Ainsi, l'article R. 323-41 du Code rural autorise les héritiers de l'associé d'un GAEC à participer aux décisions collectives tant qu'aucune décision n'est intervenue sur leur entrée dans la structure. L'article 24 de la loi du 29 novembre 1966 relatif aux sociétés civiles professionnelles prévoit notamment que les héritiers peuvent percevoir des dividendes tant que la société ne s'est pas prononcée sur leur agrément. Pour une application de ce dernier article, v. Cass. 1^{ère} civ., 12 juillet 2012, FS-P+B+I, *D.* 2012, p. 2786, note (B.) BRIGNON et (E.) D'ESPARRON.

¹⁸³³ C. com., L. 221-15, al. 4.

Une particularité doit être signalée en présence d'un héritier mineur. Il est prévu dans ce cas à l'alinéa 7 de l'article précité que ce dernier ne répond des dettes sociales qu'à concurrence de l'actif de la succession de son auteur. De plus, la société doit dans un délai de un an à compter du décès, sous peine d'être dissoute, être transformée en commandite simple dont le mineur serait un associé commanditaire.

conséquences d'un refus d'agrément. Des dispositions similaires existent pour la SARL, à l'exception de la mention de l'identité du débiteur de cette indemnisation.

485. Le rachat des parts des ayants droit refusés d'une société à responsabilité limitée. L'article L. 223-13, alinéa 3 du Code de commerce, dispose que : « Lorsque la société continue avec les seuls associés survivants, ou lorsque l'agrément a été refusé à l'héritier, celui-ci a droit à la valeur des droits sociaux de son auteur ».

Contrairement aux dispositions existantes pour la société civile et la SNC, si la loi indique quel est le créancier de ce droit en présence d'une SARL (l'héritier refusé), elle ne précise pas qui en est le débiteur. La société¹⁸³⁴ ? Les nouveaux titulaires des droits sociaux¹⁸³⁵ ?

Il résulte de ces observations que le dispositif du rachat des droits hérités par des successeurs refusés souffre d'imprécisions, quelle que soit la forme sociale en présence, et même d'une grave incohérence s'agissant de la société européenne. Bien que plus précis s'agissant des modalités de détermination de la valeur des droits sociaux à rembourser, le contenu de la loi n'en est pas moins problématique à certains égards.

β. Le problème de la détermination de la valeur des droits sociaux en cas de refus des ayants droit du défunt.

À ce propos, il existe un principe légal, dont le conflit éventuel avec l'article 1390 du Code civil doit être souligné.

486. Le principe légal. Outre la consécration de la validité des clauses de continuation¹⁸³⁶, l'ancien article 1868 du Code civil, tel que modifié dans un premier temps par la loi n° 66-538 du 24 juillet 1966, disposait que l'héritier évincé était créancier de la société et, en cette qualité, il n'avait droit qu'à la valeur des droits sociaux de son auteur déterminée au jour du décès. Cette valeur était fixée selon les modalités statutaires d'évaluation lorsqu'elles existaient ou, par un expert en cas de contestation, conformément à l'article 1843-4 du Code civil introduit par cette même loi¹⁸³⁷.

¹⁸³⁴ Ce débiteur est la société en présence d'une SNC (v. *supra* n° 484).

¹⁸³⁵ La société ou les nouveaux titulaires des droits sociaux en présence d'une société civile (v. *supra* n° 483).

¹⁸³⁶ V. *infra* n° 297 et s.

¹⁸³⁷ Avant 1966, la question de l'évaluation des parts étaient délicates. La jurisprudence refusait de modifier l'évaluation qui en était faite dans les statuts, et elle tenait compte soit des dividendes versés, soit du dernier inventaire, soit même de la valeur nominale des parts, à condition toutefois pour cette dernière stipulation, que les bénéfices aient été régulièrement répartis et que des réserves n'aient pas été constituées de façon anormale (v. notamment : Cass. com., 7 janvier 1952, *D.* 1952, p. 229, note COPPER-ROYER ; Cass. com., 18 octobre 1967, *D.* 1968, p. 447, note DALSACE ; *JCP* II 1968, 15684, note RABUT). D'autres clauses statutaires prévoyaient la fixation du prix de rachat des parts lors de chaque assemblée annuelle, ou encore, par

Depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 78-9 du 4 janvier 1978, l'article 1870-1, alinéa 2 du Code civil pour la société civile¹⁸³⁸, l'article L. 221-15, alinéa 6 du Code de commerce pour la société en nom collectif¹⁸³⁹, et l'article L. 223-13, alinéa 5 du même Code pour la SARL¹⁸⁴⁰, mentionnent que la valeur des droits sociaux est déterminée au jour du décès, « dans les conditions »¹⁸⁴¹ ou « conformément »¹⁸⁴² à l'article 1843-4 du Code civil¹⁸⁴³. L'absence de référence à une contestation signifie dès lors que le législateur habilite directement l'expert à déterminer cette valeur. Cette constatation suscite deux remarques.

- En premier lieu, au regard de l'opportunité de cette règle. Ce renvoi direct au pouvoir de l'expert, sans contestation préalable, se comprend aisément puisque le transfert des parts sociales ne résulte pas d'un acte volontaire de l'ancien associé. En une telle circonstance, il pouvait dès lors sembler inapproprié que la société impose la valeur de ces droits aux héritiers ; ces derniers ne disposant pas, en outre, d'un droit de repentir à lui opposer en défense. De plus, et pour cette même raison, les conditions d'application mentionnées à l'article 1843-4 ne peuvent être remplies, spécialement la nécessité d'une contestation du prix, puisqu'il s'agit d'une valeur ne dépendant pas d'un accord de volonté entre l'associé sortant et la société, à moins que celui-ci ait participé au vote d'une clause d'évaluation des droits sociaux. À cet égard, il pourrait être admis que, puisque l'associé décédé est supposé avoir accepté les termes de cette clause lors de son adoption, alors sa mise en œuvre ne porte pas atteinte à ses intérêts et, corrélativement, à ceux de ses héritiers.

- En second lieu, la lecture de cette clause doit se combiner avec la rédaction de l'article 1843-4 du Code civil, issu de l'ordonnance du 31 juillet 2014. En vertu de son I, alinéa 2, l'expert est tenu de la méthode d'évaluation fixée par les parties. Le texte ne fait aucune mention de cette hypothèse particulière liée au refus d'agrément car il vise, sans distinction, « [...] les cas où la loi renvoie au présent article pour fixer les conditions de prix d'une cession ». Dès lors, que la méthode

un expert. Cette dernière solution a été retenue par la loi du 24 juillet 1966, modifiant ainsi l'ancien alinéa 5 de l'article 1868 du Code civil (nouv., art. 1843-4). Pour plus de développements relatifs à la fixation du prix de cession par expertise, v. *infra* n° 502.

¹⁸³⁸ « La valeur de ces droits sociaux est déterminée au jour du décès dans les conditions prévues à l'article 1843-4. »

¹⁸³⁹ « Dans tous les cas prévus au présent article, la valeur des droits sociaux est déterminée au jour du décès conformément à l'article 1843-4 du Code civil. »

¹⁸⁴⁰ « Dans les cas prévus au présent article, la valeur des droits sociaux est déterminée au jour du décès conformément à l'article 1843-4 du Code civil. »

Pour une application, v. CA Pau, 18 mars 2008, n° 06/01330, V. c/ del P. et autres, *Bull. Joly Sociétés* 2008, p. 963, (F.-X.) LUCAS. Pour une affirmation du caractère impératif de l'article 1843-4 du Code civil par rapport à l'article 145 du C.P.C., v. Cass. 1^{ère} civ., 12 juillet 2012, FS-P+B+I, D. 2012, p. 2786, note (B.) BRIGNON et (E.) D'ESPARRON.

¹⁸⁴¹ C. civ., art. 1870-1, al. 2 (société civile).

¹⁸⁴² C. com., art. L. 223-13, al. 4 (SARL).

¹⁸⁴³ Une disposition similaire n'existe pas pour les sociétés par actions car la clause d'agrément n'est pas licite dans ces sociétés (v. à ce propos *supra* n° 297).

déterminée par cette clause soit juste ou non à l'égard des héritiers, l'expert est obligé de la suivre. Son intervention perd de la sorte tout intérêt¹⁸⁴⁴. Or cette conséquence apparaît choquante au regard de la fonction protectrice qu'accordait le droit antérieur au recours à l'expert, spécialement dans cette hypothèse où les ayants droit ne disposent pas d'un pouvoir de négociation à l'égard des autres associés. Par transposition, cette conclusion est susceptible de s'appliquer à une autre hypothèse : celle de l'attribution des droits sociaux en vertu d'un avantage matrimonial.

487. Le conflit existant avec l'article 1390 du Code civil. Si une clause du contrat de mariage d'un associé stipule le droit pour son conjoint de recueillir ses droits sociaux à son décès, l'article 1390 du Code civil prévoit que leur évaluation aura lieu au jour de l'exercice de la faculté de prélèvement, à charge d'en tenir compte à la succession. Il semble que, dans ce cas, il faille préférer l'application de cette règle à celle de l'évaluation au jour du décès en vertu de l'adage « *specialia generalibus derogant* » : la règle de droit commun étant celle du droit des sociétés en raison de sa vocation générale et de l'ordre public inhérent à la procédure d'agrément ; la règle posée par l'article 1390 du Code civil apparaissant alors comme une règle spéciale du fait de son caractère résiduel. En outre, aucune contrariété à l'ordre public ne semble interdire le remplacement de la règle générale par la règle spéciale.

Par conséquent, en cas de refus d'agrément, la valeur des droits sociaux est déterminée au jour du décès, sauf en présence d'une clause du contrat de mariage prévoyant le droit pour le conjoint de recueillir les droits. Dans ce cas, leur évaluation a lieu au jour de l'exercice du prélèvement par le conjoint. Les textes sont ainsi relativement cohérents, en dépit de l'absence de prise en compte de la spécificité du refus d'agrément des héritiers par la réforme de l'article 1843-4 du Code civil. Il existe par ailleurs une autre situation ignorée par le législateur, mais à laquelle un raisonnement par analogie pourrait être appliqué : celle du bénéficiaire refusé d'une opération de restructuration.

c. L'objet de l'obligation consécutive au refus d'agrément du bénéficiaire d'une opération de restructuration.

Au regard des textes, l'opération générant une demande d'agrément ne devrait jamais avoir lieu avant la notification et donc, avant que la société n'ait statué sur celle-ci¹⁸⁴⁵. Mais il se peut aussi que les parties préfèrent bénéficier du droit au rachat des droits de l'associé, tel que l'y autorise actuellement certaines juridictions du fond. À cette fin, elles réaliseront alors l'opération

¹⁸⁴⁴ Pour plus de précisions sur ce recours, v. *infra* n° 502 et s.

¹⁸⁴⁵ En ce sens, v. *supra* n° 324.

quand bien même son refus serait certain¹⁸⁴⁶.

488. Un refus d'agrément donné après la réalisation de l'opération de restructuration.

La jurisprudence est incertaine sur ce point. Si la Cour de cassation juge sans effet la demande d'agrément présentée postérieurement à la réalisation de l'opération¹⁸⁴⁷, certaines juridictions du fond admettent néanmoins cette recevabilité, et considèrent que le dispositif du rachat consécutif au refus d'agrément doit s'appliquer¹⁸⁴⁸.

En pratique, cette solution peut se comprendre puisqu'un nouvel associé recueille les droits de l'associé initial. Or, si le groupement ne souhaite pas l'entrée de cette nouvelle entité en son sein, alors, à l'instar de l'héritier refusé¹⁸⁴⁹, il est logique que la valeur des droits sociaux recueillis dans le patrimoine de cet ayant droit soit remboursée.

Mais en théorie, l'application de l'obligation de rachat dans cette situation suscite la critique. En effet, la procédure d'agrément se compose de différentes étapes d'ordre public ayant chacune leur propre but. Imposer le rachat des droits sociaux, alors même qu'aucune demande d'agrément n'a été préalablement formulée, revient à détourner cette institution de sa finalité. Comme le juge sévèrement le professeur Le Cannu, la jurisprudence a été amenée « [...] à bricoler, sans texte, une solution bâtarde »¹⁸⁵⁰. Mieux aurait-il fallu privilégier, comme l'avait fait précédemment la Cour de cassation¹⁸⁵¹, la solution consistant à nier l'opposabilité de l'opération de restructuration à la société, faute de demande d'agrément¹⁸⁵². De ce point de vue, la valeur de l'apport réalisé par l'associé aurait pu être remboursé à son ayant droit, au titre de la caducité de l'engagement sociétaire de son auteur.

Pour que cette solution soit applicable, encore faut-il que la société, dont les droits sociaux sont en jeu, ait attribué une compétence à un de ses organes pour décider des suites du refus d'agrément, comme l'y oblige parfois la loi.

¹⁸⁴⁶ CA Paris (3^{ème} ch. sect. B), 9 février 2006, SA Eurofog c/ SAS Ixsea, *Rev. sociétés* 2006, p. 431, note (I.) URBAIN-PARLEANI, les juges du second degré soulignent particulièrement le détournement de la finalité du dispositif : « Il y a lieu par la suite d'appliquer le dispositif de rachat prévu à l'article L. 228-24 en cas de refus d'agrément, étant observé que ce dispositif vise à tirer les conséquences d'un défaut d'agrément » ; CA Versailles, 12^{ème} ch., Sect. 2, 27 janvier 2005, *RTD com.* 2005, p. 365, note (P.) LE CANNU.

¹⁸⁴⁷ Cass. com., 6 mai 2003, n° 01-12.567, Société Sanofi Synthélabo c/ Société Laboratoires Yves Rocher, *LPA* 8 janvier 2004, n° 6, p. 15, note (B.) ESPESSON-VERGEAT.

¹⁸⁴⁸ Pour plus de précisions sur ce point, v. *infra* n° 577.

Comp. l'application de la nullité comme sanction principale du défaut de notification, v. *infra* n° 562.

¹⁸⁴⁹ V. *supra* n° 481 et s.

¹⁸⁵⁰ LE CANNU (P.), « Fusion et changement de partenaire : les beaux jours de l'*intuitus personae* », *RTD com.* 2006, p. 429.

¹⁸⁵¹ Cass. com., 6 mai 2003, n° 01-12.567, Société Sanofi Synthélabo c/ Société Laboratoires Yves Rocher, *préc.*

¹⁸⁵² À propos de la sanction du défaut de notification, v. *infra* n° 562 et s.

B. L'organe social compétent pour décider des suites du refus d'agrément.

489. Une exigence propre aux sociétés organisées sur le modèle de la société anonyme¹⁸⁵³. L'article L. 228-24, alinéa 2 du Code de commerce dispose que : « Si la société n'agrée pas le cessionnaire proposé, le conseil d'administration, le directoire ou les gérants, selon le cas, sont tenus, dans le délai de trois mois à compter de la notification du refus, de faire acquérir les titres de capital ou valeurs mobilières donnant accès au capital [...] ».

Or, cette disposition semble heurter le contenu de l'article précédent, lequel donne *a priori* aux actionnaires la liberté de choisir l'organe social compétent pour décider de l'agrément¹⁸⁵⁴. En ce sens, la Cour de cassation a décidé que leur assemblée générale pouvait être titulaire d'une telle compétence, alors même que celle-ci ne figure pas à l'article précité¹⁸⁵⁵.

Le bon sens voudrait toutefois que l'organe social statuant sur la demande initiale d'agrément, et celui réglant les conséquences d'un refus, soit le même, d'autant plus que les textes relatifs aux sociétés de personnes et à la SARL ne font pas une telle distinction¹⁸⁵⁶. Dès lors, il serait souhaitable qu'une clause statutaire précise quel est l'organe social attributaire de l'une ou l'autre de ces compétences (statuer sur la demande d'agrément, désigner le tiers de substitution en cas de refus), spécialement si l'organe social choisi n'est pas visé par l'article susmentionné comme le serait, par exemple, l'assemblée générale. Le cas échéant, la sanction de ce défaut est rigoureuse : la clause d'agrément est réputée inopposable aux tiers¹⁸⁵⁷. Fort heureusement, la rédaction des textes relatifs au délai pour exécuter l'obligation d'acquérir suscite moins d'interrogations. La clarté de leur formulation est d'autant plus louable que ce délai revêt une importance considérable dans le processus d'agrément.

C. Le délai pour exécuter l'obligation de rachat.

490. Plan. En fonction de chaque forme sociale, le délai pour exécuter l'obligation d'acquérir ainsi que sa prorogation peuvent être différents. Ce constat ne contribue guère à l'intelligibilité de la procédure d'agrément, ceci d'autant plus qu'il a une extrême importance : son dépassement

¹⁸⁵³ V. également l'exigence de publicité de la clause le désignant, *supra* n° 293 et s.

¹⁸⁵⁴ C. com., art. L. 228-23, al. 1^{er}. Pour plus de précisions, v. *supra* n° 339 et s.

¹⁸⁵⁵ À propos de sa compétence, v. *supra* n° 343-1.

¹⁸⁵⁶ V. *supra* n° 333.

¹⁸⁵⁷ V. *supra* n° 294.

étant sanctionné par l'agrément automatique du bénéficiaire initial des droits sociaux¹⁸⁵⁸. Par conséquent, chacun d'eux sera analysé (1), puis l'application qu'il en est faite par la jurisprudence (2), répondant par là même aux interrogations suscitées par la rédaction de ces divers textes.

1. Un délai variable.

491. Plan. Ces délais ont une durée variable en fonction de l'objet de l'opération ayant généré l'agrément, laquelle peut être une cession (a) ou un nantissement (b). Les transmissions successorales en sont exclues, faute pour le rachat des droits transmis d'être sanctionné par l'agrément tacite. De même, il n'existe aucun délai de cette nature pour la SNC et la société en commandite simple car la loi n'a pas institué, à leur égard, un dispositif du rachat¹⁸⁵⁹.

a. Le délai général assortissant l'obligation de rachat.

Ce délai est certes général pour toutes les sociétés, mais sa durée peut varier selon que les droits cédés sont ceux d'une société civile, d'une SARL, ou d'une société par actions.

492. Dans la société civile. Le délai est en principe de six mois, mais il peut être modifié par les statuts.

492-1. Un délai de six mois. La société dispose d'un délai de six mois pour acquérir ou faire acquérir les droits sociaux du cédant. Celui-ci court à compter de la notification du projet de cession¹⁸⁶⁰. En l'absence de précision légale, il semble inclure non seulement le temps nécessaire pour statuer sur la demande d'agrément, mais également celui consécutif à son refus. Son respect est important puisque, le cas échéant, sa méconnaissance est sanctionnée par l'agrément du bénéficiaire initial de l'opération. En revanche, il est possible de constater que la loi accorde une grande liberté aux statuts pour l'aménager.

492-2. La modification statutaire du délai. Il peut être modifié par les statuts, sans toutefois excéder un an, ni être inférieur à un mois, ce dernier se composant de trente et un jours

¹⁸⁵⁸ V. *supra* n° 602.

¹⁸⁵⁹ V. *supra* n° 465 et s.

¹⁸⁶⁰ C. civ., art. 1863, al. 1 opérant un renvoi à l'article 1861, al. 3, lequel dispose : « Le projet de cession est notifié, avec demande d'agrément, à la société et à chacun des associés. Il n'est notifié qu'à la société quand les statuts prévoient que l'agrément peut être accordé par les gérants ».

et non trente¹⁸⁶¹. Bien qu'une telle marge de liberté semble appréciable, le système formulé pour les autres sociétés¹⁸⁶² est pourtant plébiscité par certains auteurs comme étant « d'une rationalité [...] très supérieure »¹⁸⁶³ par opposition à celui de la société civile. Il est vrai qu'une certaine insécurité juridique émane de cette faculté, tant à l'égard de l'associé cédant qu'à l'égard de la société. En effet, le délai d'un mois peut se révéler totalement irréaliste pour permettre à la société d'organiser le rachat des parts sociales, tandis que celui d'un an découragera vraisemblablement le demandeur de l'agrément. De plus, le fait que cette prolongation soit décidée statutairement, et non judiciairement, ne lui permet pas de bénéficier du gage d'impartialité et d'équilibre entre les différents intérêts que confère une décision de justice, même si la lenteur de ce recours peut être regrettée. C'est pourquoi, l'opinion exprimée par ces auteurs semble effectivement juste et qu'il faille préférer l'encadrement temporel existant notamment pour la SARL¹⁸⁶⁴.

493. Dans la SARL. Le délai de principe est de trois mois, il peut être prorogé sans pouvoir excéder six mois.

493-1. Un délai de trois mois. L'article L. 223-14, alinéa 3 du Code de commerce dispose que : « Si la société a refusé de consentir à la cession, les associés sont tenus, dans le délai de trois mois à compter de ce refus, d'acquiescer ou de faire acquiescer les parts [...] ».

493-2. La prorogation judiciaire du délai jusqu'à six mois. Une prolongation est possible sans toutefois pouvoir excéder six mois, à la demande du gérant, par une ordonnance de référé du président du tribunal de commerce¹⁸⁶⁵. Cette possibilité a été prévue en cas de difficultés, notamment à trouver un acquéreur, à déterminer le prix de cession, ou même, pour réunir les fonds disponibles¹⁸⁶⁶. À cet égard, la loi prévoit spécialement la possibilité de demander judiciairement un délai de paiement, sur justification, sans que le délai accordé puisse excéder deux ans. Une telle organisation des délais semble tout à fait rationnelle en pratique. Elle se constate aussi à l'égard des sociétés par actions.

494. Dans les sociétés par actions. Une règle similaire à celle de la SARL fut édictée par le législateur de 1966. Le délai de principe est également de trois mois, prorogable, mais la loi ne

¹⁸⁶¹ C. civ., art. 1864. V. à propos de l'interprétation de cette limite : CA Paris, 23 mars 1993, *RTD com.* 1993, p. 514, note (Cl.) CHAMPAUD et (D.) DANET ; *RTD com.* 1994, p. 310, note (E.) ALFANDARI et (M.) JEANTIN. Selon cet arrêt, le délai statutaire de trente jours ne respecte pas le minimum légal d'un mois.

¹⁸⁶² Notamment celui de la SARL et celui des sociétés par actions, les deux étant identiques, v. *infra* n° 493 et n° 494.

¹⁸⁶³ CHAMPAUD (Cl.) et (D.) DANET, note sous CA Paris, 23 mars 1993, *RTD com.* 1993, p. 514, *préc.*

¹⁸⁶⁴ Pour la règle proposée, v. *infra* n° 531.

¹⁸⁶⁵ C. com., art. L. 223-14, al. 3 *in fine*.

¹⁸⁶⁶ HAMIAUT (M.), *op. cit.*, p. 60.

précise pas dans quelle limite. Il convient toutefois de mentionner l'existence d'un délai particulier dans les textes de la SAS et de la société européenne : celui de l'auto-détention des actions à la suite d'un rachat.

494-1. Un délai de trois mois. Ce délai de trois mois commence à courir à compter de la notification du refus d'agrément¹⁸⁶⁷. À cet égard, il fut jugé que la date de l'assemblée au cours de laquelle il avait été prononcé ne pouvait constituer son point de départ¹⁸⁶⁸. Il semble que cette solution nécessite d'être transposée à la SARL pour combler le vide rédactionnel contenu à l'article L. 223-14, alinéa 3 du Code de commerce ; celui-ci mentionnant uniquement la computation du délai « à compter de ce refus »¹⁸⁶⁹.

494-2. La prorogation judiciaire du délai. Il peut être prolongé par décision de justice uniquement¹⁸⁷⁰, à la demande de la société¹⁸⁷¹, sans qu'une limite de temps ne s'impose faute de précision des textes¹⁸⁷². À son issue, un autre délai peut s'appliquer en présence d'une SAS ou d'une société européenne.

494-3. Le délai d'auto-détention des actions à la suite d'un rachat de ses actions par une SAS ou une société européenne¹⁸⁷³. Les textes de chacune de ces sociétés sont identiques au mot près et indiquent que : « Lorsque les actions sont rachetées par la société, celle-ci est tenue de les céder dans un délai de six mois ou de les annuler »¹⁸⁷⁴.

Un tel délai n'existe pas dans les autres sociétés par actions, alors même qu'elles disposent toutes de la possibilité d'auto-détenir leurs actions¹⁸⁷⁵. Leur serait-il néanmoins transposable ? Une réponse positive ne semble pas permise pour deux raisons. D'une part, les règles de la procédure d'agrément sont d'interprétation stricte et ne supportent donc aucun formalisme de

¹⁸⁶⁷ C. com., art. L. 228-24, al. 2.

¹⁸⁶⁸ Cass. com., 18 mai 1993, Kunegel c/ Urffer, *Bull. civ.* 1993, IV, n° 202 ; *Rev. sociétés* 1993, p. 809, note (J.-F.) BARBIÈRI ; *JCP E* 1994, II, 554, note (H.) LE NABASQUE.

¹⁸⁶⁹ Cet article dispose : « Si la société a refusé de consentir à la cession, les associés sont tenus, dans le délai de trois mois à compter de ce refus, d'acquiescer ou de faire acquiescer les parts [...] ».

¹⁸⁷⁰ Une prolongation conventionnelle a été jugée sans effet. V. à ce propos : Cass. com., 8 avril 2008, n° 06-18.362, Société Lamy c/ Société Sèche environnement, *Bull. Joly Sociétés* 2008, p. 585, note (D.) PORACCHIA ; *D.* 2008, p. 1207, obs. (A.) LIENHARD ; *ibid.* 2009, p. 323, obs. (J.-Cl.) HALLOUIN et (E.) LAMAZEROLLES ; *RTD com.* 2008, p. 801, obs. (P.) LE CANNU et (B.) DONDERO ; *Dr. sociétés* 2008, comm., n° 129, note (H.) HOVASSE ; *JCP E* 2008, p. 1950, obs. (S.) SCHILLER.

¹⁸⁷¹ C. com., art. L. 228-24, al. 3.

¹⁸⁷² *Comp. SARL* : C. com., art. L. 223-14, al. 3.

¹⁸⁷³ Adde MOULIN (J.-M.) et alii, « Le régime du rachat et de l'auto-détention », *Actes pratiques et ingénierie sociétair*e 2016, n° 145, p. 17.

¹⁸⁷⁴ C. com., art. L. 227-18, al. 2 (SAS) ; C. com., art. L. 229-14, al. 2 (société européenne).

¹⁸⁷⁵ C. com., art. L. 225-206 à L. 225-217. Ces articles figurent dans le chapitre V du livre II du Code de commerce consacré à la société anonyme, mais ils sont applicables à l'ensemble des sociétés par actions en vertu de son office de droit commun pour l'ensemble des sociétés par actions.

substitution¹⁸⁷⁶. La jurisprudence pourrait toutefois éventuellement combler ce vide en déduisant de l'esprit de la loi, l'existence d'un délai raisonnable à l'auto-détention. Et, d'autre part, déduire une règle générale d'une règle spéciale suscite un certain malaise car cette démarche contrarie le sens du traditionnel adage « *specialia generalibus derogant* [...] ». En l'espèce, la règle spéciale s'oppose au vide juridique que constitue l'absence de règle générale. Le droit positif manque donc également de cohérence sur ce point.

Incohérent, le droit positif l'est donc au regard de la durée du délai, spécialement celui de la société civile. Pourquoi fait-elle figure d'exception par rapport à la SARL et aux sociétés par actions ? Rien ne semble le justifier s'agissant d'une procédure d'ordre public, d'autant plus que la teneur de ce délai est discutable. Mais cette critique n'est pas la seule qui puisse être adressée au droit positif. Il est également imprécis. Les déductions faites par la jurisprudence à propos d'une société peuvent dès lors aider à combler les lacunes des textes d'une autre¹⁸⁷⁷. Plus grave est sans doute l'hypothèse pour laquelle une règle générale se déduit d'une règle spéciale. À cet égard, le délai pour auto-détenir les actions rachetées devrait être mentionné dans la section II, du chapitre VIII du Code de commerce, consacrée aux actions, tout comme y figure le délai de rachat en cas de refus d'agrément de l'adjudicataire d'actions.

b. Le délai spécial assortissant l'obligation de rachat en présence d'un nantissement.

Comme précédemment, les textes propres à chaque type sociétaire doivent être vérifiés afin de souligner leur disparité.

495. Dans la société civile : un délai de cinq jours francs à compter de la vente. Que l'accord de la société ait été donné ou non au projet de nantissement¹⁸⁷⁸, les associés ou la société dispose de la faculté de racheter les parts nanties, dans un délai de cinq jours francs à compter de la vente forcée¹⁸⁷⁹. Une disposition quasi-similaire existe pour la société à responsabilité limitée.

496. Dans la SARL et les sociétés par actions : un rachat immédiat. Les articles L. 223-15 *in fine* et L. 228-26 *in fine* du Code de commerce autorisent la société à racheter sans délai, après la cession forcée, les droits sociaux nantis en vue de réduire son capital. Or, qu'entendre par rachat immédiat ? Faut-il se référer au délai de cinq jours mentionné à l'égard de la société civile pour comprendre la signification donnée par la loi au mot « immédiat » ?

¹⁸⁷⁶ V. *supra* n° 304.

¹⁸⁷⁷ V. *supra* n° 494-2 ; n° 493-1 et 2.

¹⁸⁷⁸ V. *supra* n° 407-1.

¹⁸⁷⁹ C. civ., art. 1867, al. 3.

Quelle que soit la réponse apportée à cette question, l'application de ce délai de rachat suscite des problèmes similaires, dont la résolution par la jurisprudence vaut pour l'ensemble des sociétés concernées.

2. Les interrogations liées à l'application du délai assortissant l'obligation de rachat.

497. Plan. L'application des textes précédents a principalement suscité deux problèmes devant les juridictions : le premier concerne la date à laquelle peut être formulée la demande de prolongation du délai (a), tandis que le second interroge sur la date de réalisation de l'acquisition des droits sociaux (b).

a. La date de la demande de prolongation du délai.

498. Une possible prolongation « d'emblée ». À propos d'une société anonyme, il fut jugé que le délai de trois mois à compter du refus pouvait être « d'emblée »¹⁸⁸⁰ prorogé par une décision de justice, sans que son écoulement préalable ne soit nécessaire. Bien que cette position paraisse prendre des libertés avec le texte de l'article L. 228-24, alinéa 3 du Code de commerce¹⁸⁸¹, elle doit être approuvée pour son pragmatisme.

En effet, lorsqu'un litige est pendant devant une juridiction, la possibilité pour les magistrats de proroger immédiatement le délai évite aux plaideurs d'avoir à former un second recours, et donc d'économiser le temps et l'argent de celui-ci. Toutefois, en pareilles circonstances, cette demande nécessitera d'être formulée, la prolongation n'étant pas de droit.

La question demeure néanmoins de savoir si, en dehors d'un litige, solliciter une prolongation dès la notification du refus d'agrément est possible. Un auteur le préconise car le délai de trois mois serait « beaucoup trop court pour envisager une cession sereine des titres »¹⁸⁸². Cette prolongation

¹⁸⁸⁰ Cette expression est utilisée par : Cass. com., 6 mai 2003, n° 01-12.567, Société Sanofi-Synthélabo c/ Société Laboratoires Yves Rocher, *Bull. civ.* 2003, IV, n° 70, p. 79 ; *D.* 2003, p. 1438, note *crit.* (A.) LIENHARD ; *RTD com.* 2003, p. 525, obs. (J.-P.) CHAZAL et (Y.) REINHARD ; *D.* 2004, p. 273, note (J.-Cl.) HALLOUIN ; *Dr. et patrimoine* octobre 2003, n° 119, p. 36, obs. *crit.* (J.-P.) BERTREL.

¹⁸⁸¹ Pour cette opinion, v. LIENHARD (A.), note sous Cass. com., 6 mai 2003, n° 01-12.567, Société Sanofi-Synthélabo c/ Société Laboratoires Yves Rocher, *D.* 2003, p. 1438 ; CONSTANTIN (A.), « L'application des clauses d'agrément en cas de fusion ou scission : le poids des mots, le choc des principes », *Bull. Joly Sociétés* 2003, p. 742, *spéc.* n° 25.

¹⁸⁸² LECOURT (A.), « Comment anticiper un refus d'agrément dans la SA ? », *Bull. Joly Sociétés* 2009, p. 940, *spéc.* n° 1.

Cet auteur préconise même de saisir l'expert de l'article 1843-4 du Code civil. Selon lui, « solliciter une expertise dès la notification du projet de cession pourrait être la meilleure des solutions, qui laisserait alors aux coassociés le choix d'acquiescer ou non, en fonction du prix dégagé par l'expert, le cessionnaire présenté, sans être enfermés dans un délai couperet qui pourrait, une fois expiré, les engager définitivement, quitte d'ailleurs à ce que la société ne pouvant payer le prix soit purement et simplement

permettrait, en outre, de pallier « l'attentisme stratégique »¹⁸⁸³ du cédant, lequel consiste à attendre l'écoulement du délai pour que joue la sanction de l'agrément tacite de son cessionnaire.

Par ailleurs, comme le laisse supposer la décision précitée, la rédaction de l'article L. 228-24, alinéa 3, susvisé, n'est pas un obstacle dirimant à cette prolongation initiale. En dépit de l'ambiguïté de la première phrase de celui-ci, laquelle fait référence aux conséquences de l'expiration du délai, sa deuxième phrase autorise sa prolongation, sans toutefois préciser à partir de quand celle-ci est possible¹⁸⁸⁴. Rien n'interdit donc de la demander dès la notification du refus.

Cette solution est-elle transposable aux sociétés dont les droits sociaux sont des parts sociales ? Il semble bien que cette faculté puisse également être envisagée pour la SARL, dans la limite d'une prolongation de six mois¹⁸⁸⁵. Cependant, pour la société civile, il appartient aux statuts de prévoir la prolongation du délai, sans pouvoir excéder un an¹⁸⁸⁶. Une fois ce délai prolongé, les droits sociaux doivent-ils être acquis pendant son écoulement ?

b. La date d'acquisition des droits sociaux du cédant.

499. La nécessaire acquisition pendant le délai procédural. Par un important arrêt rendu le 8 avril 2008, au visa de l'article L. 228-24 du Code de commerce, la Chambre commerciale de la Cour de cassation décida que l'achat des titres du cédant, et non pas seulement l'accord de volonté sur cet achat « [...] doit être réalisé avant l'expiration du délai de trois mois à compter de la notification du refus d'agrément ou de sa prorogation judiciaire, faute de quoi l'agrément est considéré comme donné »¹⁸⁸⁷.

dissoute » (LECOURT (A.), « Rachat de parts sociales après refus d'agrément : un droit irréversible au profit du cédant ? », note sous Cass. com., 2 novembre 2011, F-P+B, n° 10-15.887, Lokmane c/ Société Lamid, *Rev. sociétés* 2012, p. 161).

¹⁸⁸³ *Ibid.*

¹⁸⁸⁴ Cet alinéa dispose : « Si à l'expiration du délai prévu à l'alinéa précédent, l'achat n'est pas réalisé, l'agrément est considéré comme donné. Toutefois, ce délai peut être prolongé par décision de justice à la demande de la société ».

¹⁸⁸⁵ C. com., art. L. 223-14, al. 3.

¹⁸⁸⁶ C. civ., art. 1864.

¹⁸⁸⁷ Cass. com., 8 avril 2008, n° 06-18.362, Société Lamy c/ Société Sèche environnement, *Bull. Joly Sociétés* 2008, p. 585, note (D.) PORACCHIA ; *D.* 2008, p. 1207, obs. (A.) LIENHARD ; *ibid.* 2009, p. 323, obs. (J.-Cl.) HALLOUIN et (E.) LAMAZEROLLES ; *RTD com.* 2008, p. 801, obs. (P.) LE CANNU et (B.) DONDERO ; *Dr. sociétés* 2008, comm., n° 129, note (H.) HOVASSE ; *JCP E* 2008, p. 1950, obs. (S.) SCHILLER.

Confirmé implicitement par : Cass. com., 2 novembre 2011, F-P+B, n° 10-15.887, Lokmane c/ Société Lamid, *Rev. sociétés* 2012, p. 161, note (A.) LECOURT ; *D.* 2011, p. 2726, obs. (A.) LIENHARD. Dans cet arrêt, les Hauts magistrats approuvent les juges du fond d'avoir accueilli la demande du cédant afin d'être autorisé à céder ses parts au cessionnaire, au motif « [...] qu'aucune des solutions prévues au troisième et quatrième alinéas de l'article L. 223-14 du Code de commerce n'était intervenue avant l'expiration du délai légal ».

Contra Cass. com., 17 octobre 1989, SA Kaolins d'Arvor, *RF compt.* 3/1990, p. 54, note (Ph.) REIGNÉ. Selon cet arrêt, la réalisation du rachat au sens de l'article L. 228-24, alinéa 3 du Code de commerce s'entend d'un accord sur la chose et le prix, et non la réalisation effective du rachat. Pour un commentaire de cet arrêt, v. MORTIER (R.), *Le rachat par la société de ses droits sociaux*, préf. J.-J. Daigre, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 27, 2003, p. 245, n° 311.

Cette précision est remarquable à plusieurs égards. En pratique, son affirmation est fort utile car aucun texte n'en fait une mention explicite¹⁸⁸⁸. Certes énoncée à propos d'une société anonyme, elle semble néanmoins transposable à toutes les sociétés bénéficiant du dispositif du rachat. L'article L. 223-14, alinéa 4 du Code de commerce, renforce cette analyse lorsqu'il prévoit, au profit de la SARL, la possibilité de demander un délai de paiement de deux ans. En outre, un arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation confirma implicitement cette solution, en refusant de considérer que le versement d'un acompte pendant le délai libère la société de la sanction de l'agrément tacite¹⁸⁸⁹. Non seulement la société doit ainsi exécuter cette obligation pendant le délai, mais elle doit aussi l'exécuter totalement, aucun aménagement conventionnel n'étant recevable. Enfin, cette exigence a permis, un temps, de dissiper les doutes liés à l'ambiguïté de l'article 1863, alinéa 1^{er} du Code civil, lequel dispose à propos de la société civile que : « Si aucune offre d'achat n'est faite au cédant dans un délai de six mois à compter de la dernière des notifications prévues au troisième alinéa de l'article 1861, l'agrément à la cession est réputé acquis [...] ».

Avant l'entrée en vigueur de la réforme du droit des contrats, cette question était importante car l'offre se distinguait classiquement d'un engagement ferme et définitif¹⁸⁹⁰. Celle-ci pouvait par nature être rétractée, à supposer toutefois que le délai consécutif au refus d'agrément ne fut pas assimilé à un délai raisonnable¹⁸⁹¹. La manœuvre consistait ainsi pour la société à formuler une offre avant l'expiration du délai puis, une fois celui-ci expiré et que le cessionnaire s'était évidemment désisté, elle n'avait plus qu'à révoquer son offre, laissant le cédant prisonnier de son engagement sociétaire. La solution jurisprudentielle contraignait alors utilement cette stratégie, en affirmant que le rachat devait être effectivement réalisé pendant ce délai¹⁸⁹². Cette analyse sécurisait de la sorte le dispositif du rachat, en donnant toute son efficacité à la sanction de l'agrément tacite.

Sur ce point, l'arrêt du 8 avril 2008 a perdu un peu de son intérêt depuis que le nouvel article 1115 du Code civil dispose : « [L'offre] peut être librement rétractée tant qu'elle n'est pas parvenue à son destinataire ». De sa lecture combinée avec l'article 1862, alinéa 3, obligeant la société civile à

¹⁸⁸⁸ C. com., art. L. 227-18 (SAS) ; C. com., art. L. 229-14 (société européenne).

¹⁸⁸⁹ Cass. com., 2 novembre 2011, F-P+B, n° 10-15.887, Lokmane c/ Société Lamid, *Rev. sociétés* 2012, p. 161, note (A.) LECOURT. Pour plus de précisions, v. *infra* n° 602.

¹⁸⁹⁰ V. par exemple à ce propos : TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. Précis, 11^{ème} éd., 2013, p. 139, n° 118.

¹⁸⁹¹ V. en ce sens : Cass. com., 29 novembre 1982, Asselin c/ SARL Zammarchi, n° 81-13.117, *Bull. civ.* 1982, IV, n° 379 : « [...] Que dès lors, c'est à bon droit que la Cour d'appel a décidé qu'Asselin, qui avait recouvré la liberté de réaliser la vente qu'il avait projeté, n'était pas fondé à exiger le rachat desdites parts par la société Zammarchi ».

¹⁸⁹² V. à propos de l'évolution jurisprudentielle sur ce point considérant que l'offre d'achat est faite sous la condition résolutoire du maintien de l'engagement du cessionnaire initial : *infra* n° 604 et s.

notifier son offre, il résulte l'impossibilité pour la société de révoquer cette dernière : soit elle notifie, et alors elle est engagée par son offre, soit elle ne notifie pas, et elle est confrontée à la sanction de l'agrément tacite. Un arrêt rendu en 2015, par la troisième chambre civile de la Cour de cassation, validait déjà une telle conception de l'offre mais ne semblait pas, en revanche, exiger son exécution pendant le délai contrairement à son homologue commerciale¹⁸⁹³. Évaluer la portée de cet arrêt est toutefois difficile car il s'attache davantage à approuver une interprétation factuelle des juges du fond, plutôt qu'une interprétation des textes. En l'espèce, l'offre n'était jamais parvenue à son destinataire, faute pour le courrier recommandé de mentionner la bonne adresse. Les juges du fond avaient dès lors justement considéré que l'offre faite était insuffisamment ferme pour être qualifiée comme telle.

Par conséquent, au regard de ces deux arrêts, une divergence semble exister entre les chambres de la Haute juridiction : une offre valablement notifiée suffirait à l'égard des sociétés civiles, tandis que pour les sociétés commerciales, le rachat devrait être effectivement et totalement exécuté pendant ce délai ; la seule notification d'une offre, ou même le début d'un commencement d'exécution¹⁸⁹⁴, étant inefficaces pour stopper la computation du délai de l'agrément tacite.

D. La notification de l'alternative choisie.

500. Un parallélisme des formes. Bien que le droit positif n'en fasse généralement pas état¹⁸⁹⁵, les règles de notification applicables à la décision initiale semblent transposables au refus d'agrément. Cette notification a alors pour objet de signifier, au cédant, le mode d'exécution choisi pour acquérir ses droits sociaux¹⁸⁹⁶. À cet égard, seul l'alinéa 3 de l'article 1862 du Code civil, relatif à la société civile, exige plus précisément la mention dans la notification du : « [...] nom du ou des acquéreurs proposés, associés ou tiers, ou l'offre de rachat par la société, ainsi que le prix offert ».

Cette exigence est opportune et nécessiterait d'être généralisée, mais dans des dispositions de nature réglementaire ; celles-ci ayant pour objet de préciser les modalités d'application de la loi. Plus généralement, la réalisation de la notification et la précision de son contenu ne doivent pas être négligées car elles permettront à la société de se prémunir, non seulement de l'écoulement

¹⁸⁹³ Cass. 3^{ème} civ., 12 novembre 2015, n° 14-24.076, *JCP N* 2016, n° 28, p. 1231, obs. (Th.) RAVAL D'ESCLAPON.

¹⁸⁹⁴ En ce sens : Cass. com., 2 novembre 2011, F-P+B, n° 10.-15.887, *Lokmane c/ Société Lamid*, *Rev. sociétés* 2012, p. 161, note (A.) LECOURT ; *D.* 2011, p. 2726, obs. (A.) LIENHARD.

¹⁸⁹⁵ *Comp.* néanmoins, C. civ., art. 1862, al. 3 *in fine*.

¹⁸⁹⁶ V. *supra* n° 472.

des délais procéduraux, mais aussi d'éventuels désaccords avec le cédant.

II. Les hypothèses de désaccord entre la société et l'associé cédant à la suite du refus d'agrément.

501. Plan. Ces hypothèses bien connues sont celles de la renonciation de l'associé cédant au transfert initial (B), et du désaccord sur le prix de rachat entre ce dernier et les acquéreurs substitués au cessionnaire (A). Leur encadrement légal a fait l'objet de modifications récentes dont il conviendra d'analyser l'effet en droit positif.

A. Le désaccord sur le prix de rachat.

502. Plan. En raison des enjeux liés à son application, l'article 1843-4 du Code civil¹⁸⁹⁷ suscita un important contentieux et une littérature juridique pléthorique¹⁸⁹⁸. Il n'est pas certain

¹⁸⁹⁷ Cet article a été introduit lors de la réforme des sociétés commerciales par la loi du 24 juillet 1966 et remplace l'ancien article 1868 du Code civil. Son texte initial disposait que : « Dans tous les cas où sont prévus la cession des droits sociaux d'un associé, ou le rachat de ceux-ci par la société, la valeur de ces droits est déterminée, en cas de contestation, par un expert désigné, soit par les parties, soit à défaut d'accord entre elles, par ordonnance du président du tribunal statuant en la forme des référés et sans recours possible ».

Pour plus de précisions sur ce point, v. HÉMARD (J.), TERRÉ (F.), MABILAT (P.), *Sociétés commerciales*, t. 1, Dalloz, 1972, p. 323, n° 321. Pour un commentaire de cet article, v. CADIET (L.), « Arbitrer, Arbitror, Gloses et Post-Gloses sous l'article 1843-4 du Code civil », in *Aspects actuels du droit des affaires : mélanges en l'honneur d'Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p. 153, spéc. p. 163.

¹⁸⁹⁸ V. par exemple les écrits du professeur Mortier : - « Article 1843-4 du Code civil : réforme en vue ! », *Dr. sociétés* 2013, comm. 196 ; « L'article 1843-4 à tout prix ! », note sous Cass. com. 4 déc. 2012, *Dr. sociétés* 2013, comm. 41 ; - « Article 1843-4 : l'erreur grossière de l'expert se précise », note sous Cass. com., 15 janv. 2013 et Cass. com. 4 déc. 2012, *Dr. sociétés* 2013, comm. 42 ; - « Article 1843-4 du Code civil : une conception dangereuse de l'erreur grossière de l'expert », note sous Cass. com., 3 mai 2012, *Bull. Joly Sociétés* 2012, p. 701 ; - « Désignation de l'expert de l'article 1843-4 du Code civil : pas de recours, sauf excès de pouvoir (trois arrêts) », Cass. com., 3 mai 2012 et deux arrêts Cass. com., 15 mai 2012, *Dr. sociétés* 2012, comm. 136 ; - « Désignation de l'expert de l'article 1843-4 du Code civil : compétence exclusive du Président du tribunal », note sous Cass. 3ème civ., 28 mars 2012, *Dr. sociétés* 2012, comm. 95 ; - « L'article 1843-4 du Code civil et la question préjudicielle de constitutionnalité », note sous Cass. com., 8 mars 2011, *Bull. Joly Sociétés* mai 2011, p. 367 ; - « Un arrêt peut en cacher un autre : retour sur l'absolutisme jurisprudentiel de l'article 1843-4 du Code civil », note sous Cass. com., 4 décembre 2007, *Dr. sociétés* 2008, comm. 177 ; - « Article 1843-4 du Code civil : pas d'appel contre l'ordonnance de refus de désignation », note sous Cass. com., 11 mars 2007, *Dr. sociétés* 2008, comm. 94 ; - « Charge des honoraires du tiers estimateur de l'article 1843-4 du Code civil : fifty-fifty », note sous CA Rouen, 2ème ch., 25 octobre 2007, *Dr. sociétés* 2008, comm. 95 ; - « Le tiers estimateur de l'article 1843-4 du Code civil doit respecter la méthode de calcul statutaire », note sous CA Paris, 14ème ch., Sect. A, 14 novembre 2007, *Dr. sociétés* 2008, comm. 47 ; - « L'absolutisme jurisprudentiel de l'article 1843-4 du Code civil », note sous Cass. com., 4 décembre 2007, *Dr. sociétés* 2008, comm. 23 ; - « Le tiers estimateur (C. civ., art. 1592 et 1843-4) », in *La sortie de l'investisseur*, ouvrage collectif du Centre de recherches en Droit Financier de l'Université de Paris I-Panthéon-Sorbonne, éd. Litec, 2007.

Et récemment : Cass. com., 11 mars 2014, n° 11-26.915, *Dr. sociétés* 2014, comm. 77 et 78, note (R.) MORTIER. Selon cet arrêt : « Attendu que les dispositions de ce texte, qui ont pour finalité la protection des intérêts de l'associé cédant, sont sans application à la cession de droits sociaux ou à leur rachat par la société résultant de la mise en œuvre d'une promesse unilatérale de vente librement consentie par un associé ».

Adde DONDERO (B.), « Article 1843-4 du Code civil : clarifications suggérées », in *Mélanges en l'honneur de Daniel Tricot*, Dalloz 2011, p. 639 ; MASSART (Th.), SCHILLER (S.), MONSALIER SAINT MLEUX (M.-C.), CHATAIN (A.), TOURNEUR (C.), GOUNEL (Th.), ETAIN (P.), « Détermination du prix dans les cessions de titres », *Actes prat. ing. sociétaire* 2012, p. 3 ; BARBIÈRI (J.-F.), « Imperium de l'expert de l'article 1843-4 versus consensualisme », *Bull. Joly Sociétés* 2013, p. 101.

néanmoins que la réforme réalisée par l'ordonnance du 31 juillet 2014 contribue à les endiguer¹⁸⁹⁹. Sans exhaustivité, seuls retiendront l'attention ses traits généraux (1), et ses conditions de mise en œuvre consécutivement à un refus d'agrément (2), lesquelles suscitent toujours des questionnements en dépit de la réforme opérée. Leur analyse permettra, en outre, de soulever les disparités existant à cet égard entre les différents types sociétaires et de s'interroger sur la faisabilité de leur unification.

1. L'article 1843-4 du Code civil dans le cadre d'un refus d'agrément.

La présentation de cet article requiert diverses précisions relatives à sa finalité, ainsi qu'à son domaine.

503. La finalité de l'article 1843-4 du Code civil. Le recours à l'expert de l'article 1843-4 du Code civil a pu être qualifié de « dégrissant »¹⁹⁰⁰, car il a pour but de permettre à un processus bloqué par un désaccord, de parvenir à son terme¹⁹⁰¹. L'issue de ce processus étant identique à celle d'une expropriation pour l'associé cédant¹⁹⁰², une indemnisation objective doit nécessairement être déterminée, sauf s'il renonce à quitter la société¹⁹⁰³. Le recours à l'expertise le protège dès lors contre un risque de spoliation, mais pas seulement. Il permet aussi de préserver les majoritaires d'un choix cornélien entre racheter les droits des minoritaires à un prix excessif, ou introduire un associé potentiellement dangereux pour l'entreprise sociétaire¹⁹⁰⁴.

¹⁸⁹⁹ Pour les commentaires de cette réforme et les failles rédactionnelles relevées, v. not. DONDERO (B.), « L'ordonnance du 31 juillet 2014 relative au droit des sociétés », *D.* 2014, p. 1885 ; COURET (A.) et REYGROBELLET (A.), « La disponibilité de l'article 1843-4 du Code civil », *D.* 2014, p. 2005 ; LUCAS (F.-X.) et PORACCHIA (D.), « Le nouvel article 1843-4 du Code civil », *Bulletin Joly Sociétés* 2014, p. 474 ; CONSTANTIN (A.), « Réforme de l'article 1843-4 du Code civil par l'ordonnance n° 2014-863 du 31 juillet 2014 : faut-il s'en réjouir ou s'en inquiéter ? », *RTD com.* 2014, p. 633 ; DONDERO (B.), « La réforme de l'article 1843-4 du Code civil », *JCP E* 2014, p. 1531 ; MORTIER (R.), « Le nouvel article 1843-4 du Code civil issu de l'ordonnance n° 2014-863 du 31 juillet 2014 », *Dr. sociétés* 2014, Étude 19. Adde BORGA (N.), « L'application dans le temps du nouvel article 1843-4 du Code civil », *D.* 2014, p. 2359.

Et dernièrement : VIDAL (D.), « L'article 1843-4 du Code civil, enfant terrible du droit des sociétés : une réforme à parfaire », note sous Cass. com., 25 novembre 2015, n° 14-14.003, FS-P+B+I, *Lexbase Hebdo éd. affaires* 2016, n° 450.

¹⁹⁰⁰ MORTIER (R.), « Le nouvel article 1843-4 du Code civil issu de l'ordonnance n° 2014-863 du 31 juillet 2014 », *Dr. sociétés* 2014, Étude 19, *spéc.* n° 18 ; citant également le rapport au Président de la République selon lequel : « [...] les dispositions de l'article 1843-4 du code civil ont pour finalité de permettre à un processus de cession ou de rachat imposé d'aller à son terme en dépit d'une contestation entre le cédant et le cessionnaire sur la valeur des droits sociaux ».

¹⁹⁰¹ Il existe toutefois une hypothèse où la condition de la contestation ne peut être remplie : celle de la transmission successorale des droits sociaux puisque ce transfert ne résulte pas d'un acte volontaire (v. *supra* n° 486).

¹⁹⁰² V. en ce sens, CONSTANTIN (A.), « Réforme de l'article 1843-4 du Code civil par l'ordonnance n° 2014-863 du 31 juillet 2014 : faut-il s'en réjouir ou s'en inquiéter ? », *RTD com.* 2014, p. 633, citant également AYNÈS (L.) et STOFFEL-MUNCK (Ph.), note sous Cass. com., 11 mars 2014, n° 11-26.915, *Dr. et patrimoine* 2014, n° 238, p. 88 selon lesquels : « Il faut prévoir un mécanisme d'indemnisation de l'associé qui, comme en matière d'expropriation, repose sur une fixation objective de la valeur des droits sociaux ».

¹⁹⁰³ À ce propos, v. *infra* n° 510 et s.

¹⁹⁰⁴ En ce sens, v. CHAMPAUD (Cl.) et DANET (D.), note sous CA Paris, 1^{ère} ch., 30 octobre 2007, Sanchez Ruiz c/ Société Arts sans frontière et société MCW, *RTD com.* 2008, p. 127.

Cependant, depuis la réforme opérée par l'ordonnance du 31 juillet 2014, il n'est pas certain que le recours à cet expert garantisse un équilibre objectif entre ces différents intérêts, spécialement si les statuts prévoient un mode d'évaluation des droits sociaux. L'expert sera alors tenu par cette méthode, avec le risque que celle-ci ait été imposée par le pouvoir majoritaire, sans que l'associé cédant n'y ait consenti¹⁹⁰⁵. Reste à savoir dans quelle mesure cet expert sera libre d'interpréter les termes de ces clauses¹⁹⁰⁶.

De la sorte, une interprétation stricte du nouveau texte pourrait totalement anéantir son utilité en présence de clauses d'évaluation. Il semblerait juste que, si la contestation porte sur le résultat atteint à la suite de la mise en œuvre de ladite clause, l'expert retrouve son indépendance pour fixer la valeur des droits sociaux¹⁹⁰⁷, spécialement lorsque le recours fondé sur l'article 1843-4 du Code civil est d'ordre public.

504. Le domaine du recours fondé sur l'article 1843-4 du Code civil. En droit positif, les textes organisant le rachat des droits sociaux consécutif à un refus d'agrément prévoient l'application de cet article dans deux situations : lorsque les droits sociaux sont négociés, plus précisément, en cas de désaccord entre le cédant et la société sur leur prix d'acquisition et, lorsqu'ils sont transmis par voie successorale, alors le recours à l'expertise est d'ordre public pour fixer leur valeur¹⁹⁰⁸. Cette cohérence n'est toutefois qu'apparente car l'article L. 223-14, alinéa 3 du Code de commerce, dispose que : « Si la société a refusé de consentir à la cession, les associés sont tenus, [...], d'acquérir ou de faire acquérir les parts à un prix fixé dans les conditions de l'article 1843-4 du Code civil [...] ». Son interprétation littérale laisse ainsi supposer que ce prix est fixé d'autorité par le tiers estimateur, à l'instar du montant de l'indemnisation due aux héritiers refusés. Ce texte est donc moins permissif que ceux prévus dans les autres formes sociales, lesquels impliquent par la mention « à défaut d'accord »¹⁹⁰⁹ ou « en cas de contestation sur le prix »¹⁹¹⁰, la possibilité d'une négociation préalable entre le cédant et la société, ou l'acquéreur choisi par ses soins. Il s'agit là d'une faculté offerte par la loi et non d'une obligation pour deux raisons.

¹⁹⁰⁵ CONSTANTIN (A.), « Réforme de l'article 1843-4 du Code civil par l'ordonnance n° 2014-863 du 31 juillet 2014 : faut-il s'en réjouir ou s'en inquiéter ? », *RTD com.* 2014, p. 633.

V. également le problème suscité en cas d'évaluation consécutive à un refus d'agrément des héritiers : v. *supra* n° 486.

¹⁹⁰⁶ Selon le professeur Dondero : « On peut tout de même se demander s'il n'aurait pas été plus simple d'indiquer que l'expert ne peut pas intervenir du tout lorsque les parties ont déjà prévu un prix, mais on comprend que la formulation large qui est retenue permettra de faire intervenir l'expert dans un rôle de soutien, de renfort, et d'interprétation de clauses parfois pas si claires que cela [...] » (DONDERO (B.), « L'ordonnance du 31 juillet 2014 relative au droit des sociétés », *D.* 2014, p. 1885, *spéc.* n° 50).

¹⁹⁰⁷ *Rappr.* en ce sens : CONSTANTIN (A.), *art. préc.*, selon le professeur, « [...] il appartiendra à la jurisprudence de redonner son interprétation du terme « contestation », et qu'elle pourrait être tentée de le faire dans le sens favorable à la protection de l'associé qu'elle privilégiait jusqu'alors ».

¹⁹⁰⁸ V. sur ce point, *supra* n° 481 et s.

¹⁹⁰⁹ C. com., art. L. 227-18, al. 1^{er} (SAS) ; L. 228-24, al. 2 (droit commun des actions) ; art. L. 229-14, al. 1^{er} (société européenne).

¹⁹¹⁰ C. civ., art. 1862, al. 3 (société civile).

- En premier lieu, s'il n'y a pas d'accord sur le prix entre les parties, cette situation suppose qu'il puisse y avoir préalablement l'éventualité d'une négociation. Celle-ci est tout à fait compréhensible dans le cadre du projet d'une cession entre vifs, car le cédant est présent pour défendre ses intérêts et dispose, le cas échéant, d'un droit de repentir¹⁹¹¹.

- En second lieu, le recours au tiers estimateur suppose implicitement l'accord de l'associé cédant, le cas échéant, il peut toujours renoncer à quitter la société. Sa créance potestative de rachat influe alors sur la force du texte, lequel n'est que supplétif de volonté à son égard¹⁹¹². Cette faculté de refuser l'expertise est propre au cédant car, le cas échéant, accorder un droit similaire à la société reviendrait à l'autoriser à ne pas exécuter son obligation de rachat.

Au regard de ces remarques, la différence de régime applicable entre la SARL et les autres structures apparaît injustifiée. En outre, l'ordonnance du 31 juillet 2014 ne bouleverse pas substantiellement le régime du refus d'agrément : en la matière, le recours à l'expertise est toujours possible dès lors qu'un texte y fait référence, en présence d'une contestation sur le prix de rachat proposé¹⁹¹³. Après le professeur Dondero¹⁹¹⁴, il est possible de regretter l'usage du mot « contestation », lequel rapproche la mission de l'expert de celle d'un arbitre. En effet, la contestation suppose que le prix ait été fixé par les parties, mais que l'une d'elles le conteste ; tandis que le défaut d'accord renvoie à l'absence de prix. S'agissant des textes propres à l'agrément, la majorité d'entre eux fait référence à un « défaut d'accord »¹⁹¹⁵, et donne ainsi clairement pour mission à l'expert de déterminer ce prix, sans sous-entendre de prendre parti pour ou contre la contestation. Ce recours perd toutefois de son intérêt en présence d'une clause d'évaluation des droits sociaux ; la nouvelle formulation de l'article 1843-4 obligeant l'expert à s'y conformer pour exercer son office. Certaines législations sont beaucoup plus radicales en imposant un mode de calcul¹⁹¹⁶. De la sorte, elles évitent les discussions byzantines, tant à l'égard du domaine que de la mise en œuvre de l'expertise.

¹⁹¹¹ Pour plus de précisions à ce propos, v. *infra* n° 512.

¹⁹¹² Pour plus de détails à ce propos, v. *infra* n° 512-1.

¹⁹¹³ Pour plus de précisions concernant les conditions de désignation et la mission du tiers estimateur, v. *infra* n° 505 et s.

¹⁹¹⁴ DONDERO (B.), « L'ordonnance du 31 juillet 2014 relative au droit des sociétés », *D.* 2014, p. 1885, *spéc.* n° 50 : « Les difficultés liées à l'application de l'article 1843-4 trouvaient pour beaucoup leur fondement, nous semble-t-il, dans l'utilisation par le texte du mot "contestation" ».

¹⁹¹⁵ V. en ce sens : C. com., art. L. 227-18, al. 1^{er} (SAS) ; L. 228-24, al. 2 (droit commun des actions) ; art. L. 229-14, al. 1^{er} (société européenne). *Comp.* C. civ., art. 1862, al. 3 (société civile).

¹⁹¹⁶ La législation du Luxembourg impose, par exemple, de calculer la valeur moyenne des titres au regard du bilan des trois dernières années (v. *supra* n° 62, n° 538).

2. La mise en œuvre de l'expertise de l'article 1843-4 du Code civil.

Cette mise en œuvre requiert diverses précisions quant à la désignation de ce tiers estimateur et ses pouvoirs pour rendre sa décision.

505. La désignation du tiers estimateur. Quelques règles importantes sont issues de la jurisprudence.

- À propos de sa saisine, il fut jugé que le tiers cessionnaire non agréé ne pouvait demander l'application de la procédure d'expertise de l'article 1843-4 du Code civil¹⁹¹⁷. En effet, une telle demande est réservée aux futures parties à la cession. Or tel n'est pas le cas du cessionnaire écarté par un refus d'agrément¹⁹¹⁸.

- La saisine de l'expert doit, en outre, être faite suffisamment tôt avant l'expiration du délai de rachat, sous peine d'être qualifiée de « manœuvre dilatoire »¹⁹¹⁹.

- S'agissant de la compétence du président du tribunal, celle-ci est exclusive¹⁹²⁰, et limitée au choix de l'expert dont la désignation est sollicitée. Ce magistrat n'a pas non plus le pouvoir de préciser sa mission, même afin de faire échec à une clause statutaire d'évaluation¹⁹²¹, mais il peut toutefois valablement statuer, même après la date d'expiration du délai de trois mois, dès l'instant où il fut saisi avant cette date¹⁹²². Si les règles relatives à la désignation de l'expert sont complexes et sources de contentieux, celles concernant ses pouvoirs le sont tout autant, en dépit de la réforme dernièrement opérée.

506. Les pouvoirs du tiers estimateur. Ils suscitent trois principales remarques.

- En premier lieu, la réforme réalisée par l'ordonnance du 31 juillet 2014 a modifié l'article 1843-4 du Code civil de façon à contredire l'affirmation faite par la Haute juridiction. Selon elle, l'expert n'était pas lié par les méthodes d'évaluation préconisées par les parties, ou celles visées

¹⁹¹⁷ Cass. 3^{ème} civ., 6 décembre 2000, n° 99-10.233 ; *JurisData* n° 2000-007219 ; *RJDA* 2000, n° 325.

¹⁹¹⁸ La Cour de cassation a ainsi jugé que l'article 1843-4 du Code civil ne s'appliquait pas aux transferts déjà réalisés (Cass. com., 24 novembre 2009, n° 08-21.369, *Bull. civ.* IV, n° 151, *D.* 2009, p. 2924, obs. (A.) LIENHARD ; *Rev. sociétés* 2010, p. 21, note (J.) MOURY ; *ibid.* 2011, p. 149, étude (H.) LE NABASQUE ; *RTD com.* 2010, p. 600, note (B.) BOULOC ; *Bull. Joly Sociétés* 2010, p. 318, note (P.) LE CANNU et (H.) MATHEZ ; Cass. com., 26 février 2013, n° 11-27.521, *Rev. sociétés* 2013, p. 615, note (J.-F.) BARBIÈRI).

¹⁹¹⁹ Cass. com., 4 juillet 2006, SARL Les et a. c/ Vigneaux et a., *Rev. sociétés* 2007, p. 80, note (J.-F.) BARBIÈRI. Selon cet arrêt « la demande de désignation d'expert tardivement formée à quelques jours de l'expiration du délai de rachat des parts sociales, caractérisait une manœuvre dilatoire destinée à obtenir artificiellement un prorogation illicite du délai de rachat ».

¹⁹²⁰ Par conséquent, une Cour d'appel ne saurait être compétente pour désigner l'expert, v. Cass. com., 30 novembre 2004, *RJDA* 2004, n° 270 ; CA Paris, 26 janvier 2010, n° 08/16326, SAS Groupe Hélice c/ Dieschbourg, *Bull. Joly Sociétés* 2010, p. 445, note (A.) COURET.

¹⁹²¹ CA Paris, 23 novembre 2005, *RJDA* 2005, n° 539 ; Cass. 1^{ère} civ., 25 novembre 2003, n° 00-22.089, *JurisData* n° 2003 - 021051.

¹⁹²² Cass. com., 13 juin 1984, SA Masson c/ Société Librairie Maloine, *JCP* 1984, II, 20405, note (A.) VIANDIER.

dans les statuts¹⁹²³. Cette modification risque néanmoins d'amoinrir la fonction protectrice jusqu'alors assignée à ce recours¹⁹²⁴.

- En second lieu, il n'a pas à respecter le principe du contradictoire n'exerçant pas une fonction juridictionnelle¹⁹²⁵.

- En troisième et dernier lieu, sa décision est insusceptible de recours, sauf en présence d'une erreur grossière¹⁹²⁶. Le délai pour rendre celle-ci n'est toutefois pas discrétionnaire.

507. Le délai imposé au tiers estimateur pour rendre sa décision. L'expert doit rendre sa décision pendant le délai, légal ou prorogé, dont dispose la société pour acquérir ou faire acquérir les droits sociaux de l'associé cédant¹⁹²⁷. Le cas échéant, ce dernier retrouve la liberté de poursuivre l'opération initiale¹⁹²⁸. Cette conséquence est logique car la société doit exécuter son obligation pendant ce délai¹⁹²⁹. Cependant, en raison du préjudice que causerait à la société son irrespect, cette dernière pourrait engager la responsabilité de l'expert¹⁹³⁰. Mais s'il respecte ce délai, sa décision acquerra alors une certaine force juridique.

508. La force juridique de la décision du tiers estimateur¹⁹³¹. Contrairement à une expertise judiciaire, la décision de ce tiers nommé sur le fondement de l'article 1843-4 du Code civil s'impose aux parties comme au juge¹⁹³². Cette force obligatoire a un effet radical en vertu de l'article 1591 du Code civil : celui de sceller le contrat de vente, la chose et le prix étant de la sorte déterminés¹⁹³³, sauf erreur grossière d'évaluation¹⁹³⁴.

¹⁹²³ Cass. com., 29 juin 1993, *Dr. sociétés* 1993, comm. n° 158, note (Th.) BONNEAU ; Cass. com., 19 avril 2005, *RJDA* 2005, n° 986 ; CA Paris, 9 décembre 2008, n° 07/20084 ; Cass. com., 5 mai 2009, n° 08-17.465, *JurisData* n° 2009-048051.

Pour l'ensemble des critiques, v. notamment les références mentionnées *supra* la note de bas de page sous n° 502.

¹⁹²⁴ V. en ce sens, *supra* n° 503.

¹⁹²⁵ V. par exemple : Cass. com., 19 avril 2005, n° 03-11.790, *JurisData* n° 2005-028186.

¹⁹²⁶ CA Paris, 9 décembre 2008, n° 07/20084 ; Cass. com., 16 février 2010, n° 09-11.668 ; *Bull. Joly Sociétés* 2010, p. 624 ; *D.* 2010, p. 581 ; *RJDA* 2010, n° 523.

¹⁹²⁷ Ces délais sont d'une durée variable d'une société à une autre (v. *supra* n° 491).

¹⁹²⁸ Cass. com., 29 novembre 1982, *Bull. civ.* 1982, IV, n° 379, *Rev. sociétés* 1983, p. 68, note (J.-J.) DAIGRE. Cass. com., 8 avril 2008, n° 06-18.362, Société Lamy c/ Société Séché environnement, *Bull. Joly Sociétés* 2008, p. 585, note (D.) PORACCHIA ; *D.* 2008, p. 1207, obs. (A.) LIENHARD ; *ibid.* 2009, p. 323, obs. (J.-Cl.) HALLOUIN et (E.) LAMAZEROLLES ; *RTD com.* 2008, p. 801, obs. (P.) LE CANNU et (B.) DONDERO ; *Dr. sociétés* 2008, comm., n° 129, note (H.) HOVASSE ; *JCP E* 2008, p. 1950, obs. (S.) SCHILLER.

¹⁹²⁹ V. en ce sens, *supra* n° 499.

¹⁹³⁰ En ce sens, v. PORACCHIA (D.), note sous Cass. com., 8 avril 2008, n° 06-18.362, Société Lamy c/ Société Séché environnement, *préc.*

¹⁹³¹ Adde LE NABASQUE (H.), « La force obligatoire du rapport d'expertise dans la procédure d'agrément », *Dr. sociétés* 1992, chron. p. 1.

¹⁹³² Cass. com., 4 novembre 1987, n° 86-10.027, *JurisData* n° 1987-701701 ; CA Paris, 21 mai 1996, *JurisData* n° 1996-021191 ; Cass. com., 19 avril 2005, n° 03-11.790, *JurisData* n° 2005-028186.

¹⁹³³ V. notamment Cass. com., 13 octobre 1992, *Rev. sociétés* 1993, p. 578, note (D.) RANDOUX ; Cass. com., 2 juillet 1996, SARL Polyclinique de Deauville et autres c/ Bonhomme, *JurisData* n° 1996-003098 ; *RJDA* 11/1996, n° 1341, p. 948 ; *Rev. sociétés* 1997, p. 345, note (B.) SAINTTOURENS ; *RTD com.* 1996, p. 158, note (Cl.) CHAMPAUD et (D.) DANET ; *Bull. Joly Sociétés* 1996, p. 1031, n° 376, note (A.) COURET.

¹⁹³⁴ V. par exemple : Cass. com., 12 juin 2007, n° 05-20.290.

Cependant, hormis le cas où le cédant dispose d'un droit de repentir exerçable à tout moment¹⁹³⁵, celui-ci peut se réserver la faculté de ne pas accepter le prix ainsi fixé¹⁹³⁶. Il est également conseillé à l'acquéreur proposé de se réserver la faculté de ne pas donner suite, par exemple, si le prix excède un montant déterminé qu'il aura fait connaître au cédant¹⁹³⁷. Par conséquent, dans l'un et l'autre cas, il n'y aura pas de vente faute d'accord sur le prix¹⁹³⁸. Il semble en revanche que, même si le prix ne convenait ni au cédant, ni au cessionnaire, la vente serait quand même conclue ; la décision de l'expert s'imposant aux parties par l'effet de la loi¹⁹³⁹.

L'ensemble de ces propos doit toutefois être nuancé au regard d'un arrêt récent ayant décidé que la désignation de l'expert ne rendait pas la vente parfaite¹⁹⁴⁰. Faute de confirmation, sa portée demeure incertaine. La question à trancher ultérieurement sera celle de savoir si cette solution est une simple application de l'article L. 228-24, alinéa 2 du Code de commerce, autorisant la renonciation de l'actionnaire cédant à tout moment, ou s'il s'agit de sa consécration en tant que principe général ; celui-ci ayant vocation à s'appliquer aux sociétés pour lesquelles un tel droit est certes conféré à l'associé cédant, mais sans autre précision sur le moment de son exercice¹⁹⁴¹. Une prise de position du législateur serait souhaitable, à l'instar de l'opinion affirmée à propos de la charge des frais d'expertise.

509. La charge des frais d'expertise. À propos de la SARL, l'ordonnance du 25 mars 2004 a innové en mettant les frais d'expertise à la charge de la société¹⁹⁴². Toutefois, en l'absence de précision textuelle pour les autres sociétés, la jurisprudence selon laquelle les frais se partagent par

Pour les problèmes d'appréciation suscités par la notion d'erreur grossière, v. Cass. com., 15 janvier 2013, n°12-11.66, *D.* 2013, p. 342, obs. (A.) LIENHARD ; *Rev. sociétés* 2013, p. 330, Études (J.) MOURY ; *RTD civ.* 2013, obs. (B.) FAGES et (H.) BARBIER ; Cass. com., 3 mai 2012, n° 11-12.717, *Rev. sociétés* 2013, p. 18, Études (J.) MOURY ; *Bull. Joly Sociétés* 2012, p. 701, note (R.) MORTIER.

¹⁹³⁵ C. com., art. L. 228-24, al. 2. Pour plus de précisions sur l'incidence de l'exercice, à tout moment, de ce droit sur la force de la décision du tiers estimateur, v. *infra* n° 514 et n° 539.

¹⁹³⁶ Cass. com., 4 juillet 2006, SARL Les et a. c/ Vigneaux et a., *Rev. sociétés* 2007, p. 80, note (J.-F.) BARBIÈRI.

¹⁹³⁷ MERCADAL (B.), JANIN (Ph.), *Dossier « Clauses d'agrément dans les sociétés anonymes »*, Francis Lefebvre, *Thémexpress*, 2010, *spéc.* n° 35.

¹⁹³⁸ Cass. com., 4 juillet 2006, SARL Les et a. c/ Vigneaux et a., *Rev. sociétés* 2007, p. 80, (J.-F.) BARBIÈRI ; *D.* 2007, pan. p. 267, obs. (J.-Cl.) HALLOUIN et (E.) LAMAZEROLLES ; *Bull. Joly Sociétés* 2007, n° 1, p. 89, note (H.) LE NABASQUE.

¹⁹³⁹ En ce sens, v. SAINTTOURENS (B.), note sous Cass. com., 2 juillet 1996, SARL Polyclinique de Deauville et autres c/ Bonhomme, *Rev. sociétés* 1997, p. 345.

¹⁹⁴⁰ Cass. com., 8 avril 2008, n° 06-18.362, Société Lamy c/ Société Sèche environnement, *Bull. Joly Sociétés* 2008, p. 585, note (D.) PORACCHIA ; *D.* 2008, p. 1207, obs. (A.) LIENHARD ; *ibid.* 2009, p. 323, obs. (J.-Cl.) HALLOUIN et (E.) LAMAZEROLLES ; *RTD com.* 2008, p. 801, obs. (P.) LE CANNU et (B.) DONDERO ; *Dr. sociétés* 2008, comm., n° 129, note (H.) HOVASSE ; *JCP E* 2008, p. 1950, obs. (S.) SCHILLER. Également en ce sens, autorisant le cédant à céder ses parts au cessionnaire initial après l'expiration du délai, et ce, nonobstant la désignation d'un expert : Cass. com., 2 novembre 2011, F-P+B, n° 10-15.887, Lokmane c/ Société Lamid, *Rev. sociétés* 2012, p. 161, note (A.) LECOURT.

¹⁹⁴¹ Pour la proposition de simplification, v. *infra* n° 544.

¹⁹⁴² C. com., art. L. 223-14, al. 3.

moitié entre les parties est applicable¹⁹⁴³. Cette solution jurisprudentielle semble non seulement plus logique, mais également plus juste car la nomination de l'expert est utile aux deux parties¹⁹⁴⁴.

La mise en œuvre de l'expertise de l'article 1843-4 du Code civil suscite ainsi un nombre considérable de problèmes (désignation et détermination des pouvoirs de l'expert, délai et force juridique de sa décision, charge de ses frais), lesquels furent en partie mis en évidence et résolus par la jurisprudence. De telles discussions n'auront néanmoins pas lieu d'être si l'associé cédant renonce à quitter la société.

B. La renonciation de l'associé cédant au transfert de ses droits sociaux.

510. Plan. D'origine jurisprudentielle, ce droit fut progressivement consacré par le législateur, mais inégalement entre les sociétés. Ainsi les disparités existantes entre ses règles de fond (1) et de forme (2) seront-elles successivement analysées afin de savoir si, *in fine*, une unification est possible.

1. Les règles de fond ayant trait au droit de repentir de l'associé cédant.

511. Plan. D'abord révélée par la jurisprudence, la doctrine a maladroitement dénommé cette faculté du cédant « droit de repentir »¹⁹⁴⁵. Puis, la loi de 1978 a consacré ce droit pour les associés d'une société civile. Depuis 2004, il l'est plus largement pour la SARL et les sociétés par

¹⁹⁴³ CA Rouen, 2^{ème} ch., 25 octobre 2007, *Dr. sociétés* 2008, comm. 95, note (R.) MORTIER.

¹⁹⁴⁴ Pour la proposition de généralisation, v. *infra* n° 540.

¹⁹⁴⁵ Pour les sociétés de personnes, v. Cass. com., 29 mai 1972, *D.* 1973, p. 255, note (J.) GUYÉNOT ; *Rev. sociétés* 1973, p. 116, note (M.) GUILBERTEAU ; Cass. com., 3 avril 1973, *D.* 1973, p. 580, note (J.) LACOMBE. Pour les sociétés par actions, v. Cass. com., 10 mars 1976, n° 74-14.680, *Bull. civ.* 1976, IV, n° 95, p. 80 ; *Rev. sociétés* 1976, p. 332, note (J.) HÉMARD ; *JCP* 1976, II, 18406, note (A.) RABUT ; *RTD com.* 1976, p. 533, note (R.) HOUIN. Confirmé par : Cass. com., 27 octobre 1992, n° 90-02.963, inédit, *Rev. dr. bancaire* 1993, p. 47, note (M.) GERMAIN et (M.-A.) FRISON-ROCHE ; *Dr. sociétés* 1992, n° 257, obs. (H.) LE NABASQUE. Selon cet arrêt : « [...] à défaut d'agrément du cessionnaire par la société et en l'absence de toute clause de préemption, l'associé cédant n'est pas tenu de maintenir son offre de cession ».

Comp. Cass. com., 2 juillet 1996, SARL Polyclinique de Deauville et autres c/ Bonhomme, *JurisData* n° 1996-003098 ; *Rev. sociétés* 1997, p. 345, (B.) SAINTOURENS.

Adde les réponses ministérielles favorables à l'existence du droit de repentir : Rép. min. n° 3241, *JOAN*, séance du 1^{er} février 1969, p. 267 ; Rép. Min. n° 3584, *JOAN* séance du 8 mars 1969, p. 596 ; Rép. min. n° 23247, *JOAN*, Q, 27 octobre 2003, p. 8255, *Bull. Joly* 2003, p. 1205.

Adde pour la doctrine antérieure, v. BOURCART (G.), « De l'intuitus personae dans les sociétés », *J. sociétés* 1927, p. 513 ; TAMBOISE (A.), *La stabilité du contrôle dans les sociétés par actions*, thèse Paris, 1929, p. 127 ; ROBLOT (R.), « L'agrément de nouveaux actionnaires », in *Mélanges en l'honneur de Daniel Bastian*, vol. 1, Librairies techniques, 1974, p. 283, *spéc.* n° 18. *Contra* CAMERLYNCK (G.), *De l'intuitus personae dans la S.A.*, thèse Paris, 1929, p. 59.

actions consécutivement à un refus d'agrément¹⁹⁴⁶. Ce droit suscite néanmoins des questions, tant sur sa nature (a) que sur le moment de sa mise en œuvre (b).

a. La notion de droit de repentir de l'associé cédant.

L'analyse de cette notion requiert de préciser son fondement, puis sa définition¹⁹⁴⁷.

512. Le fondement du droit de repentir du cédant. En droit des sociétés, ce droit trouve son origine dans un arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation, le 10 mars 1976, lequel pose le principe suivant : « [...] au cas où la société n'agrée pas le cessionnaire proposé par un actionnaire, l'obligation pour les dirigeants sociaux de faire acquérir les actions objet de la cession ne leur confère pas le droit d'évincer l'actionnaire si celui-ci renonce à vendre »¹⁹⁴⁸.

Cette solution se comprend. Le dispositif du rachat a été institué dans le but de protéger l'associé cédant contre le risque de ne pas pouvoir céder ses droits sociaux après le refus de son cessionnaire¹⁹⁴⁹. Or l'obliger à les céder à des conditions qu'il n'a pas acceptées revenait à l'exclure de la société. C'est pourquoi, dorénavant, la société n'est pas titulaire d'un droit de préemption, mais débitrice d'une obligation légale de rachat¹⁹⁵⁰. Aussi fut-il observé que l'associé cédant s'analysait comme étant le créancier de cette obligation¹⁹⁵¹, et dont la teneur nécessite à présent d'être précisée.

513. La définition du droit de repentir. Celui-ci peut être défini comme « le droit de revenir sur son engagement »¹⁹⁵². Cette définition est toutefois maladroite car le cédant ne se délie pas d'un

¹⁹⁴⁶ Pour la société civile, v. C. civ., art. 1862, al. 3, et art. 1863, al. 2 en cas de dissolution. Pour la SARL, v. C. com., art. L. 223-14, al. 3, *in fine*, issu de l'ordonnance n° 2004-274 du 25 mars 2004. Pour la SA, v. C. com., art. L. 228-24, al. 2, *in fine*, issu de l'ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004.

Logiquement, seules les sociétés exclues du dispositif du rachat (SNC, commandite simple) ne bénéficient pas d'un tel droit (à ce propos, v. *supra* n° 467).

¹⁹⁴⁷ Précédemment, il a été observé que la société était débitrice d'une obligation de rachat, face négative de cette créance. V. *supra* n° 469 et s.

¹⁹⁴⁸ Cass. com., 10 mars 1976, n° 74-14.680, *préc.*

¹⁹⁴⁹ Au regard de cette finalité, il semble que le droit de repentir ne puisse s'appliquer qu'en cas de cession et non d'une succession. En ce sens, v. CA Pau, 25 novembre 2010, n° 09/02970, Labadie c/ Napias épouse Ozanne, *Rev. sociétés* 2011, p. 570, note (A.) LECOURT (critique). Cet arrêt décide également, en toute logique, que l'associé survivant qui refuse d'agrée l'héritier de l'associé décédé ne peut revenir sur sa décision de refus au motif que le résultat de l'expertise ne lui convient pas.

¹⁹⁵⁰ Cass. com., 7 décembre 2010, F-P+B, n° 09-17.351, De Laitre c/ De Laitre, *Rev. sociétés* 2011, p. 296, note (B.) SAINTOURENS. Selon cet arrêt, « [l'article 1862 du Code civil] se borne, dans le cas où cet agrément n'a pas été obtenu, à conférer à l'associé cédant la faculté d'obtenir le rachat des parts dont la cession était projetée et confère aux autres associés aucun droit de préemption, le cédant ayant toujours le droit de conserver ses parts ».

Rappr. décidant que l'associé ne commet pas de faute sur le fondement de l'[ancien] article 1382 du Code civil lorsqu'il décide de conserver ses parts sociales à la suite d'un refus d'agrément : Cass. com., 10 juillet 2012, F-P+B, n° 11-14.267, Société Opération de patrimoine immobilier (OPIM) c/ Société Caulet 13, *Rev. sociétés* 2012, p. 701, note (Th.) MASSART.

¹⁹⁵¹ V. *supra* n° 469 et s.

¹⁹⁵² MORTIER (R.), « Contre le droit de repentir en droit des sociétés », *Rev. sociétés* 2009, p. 547, *spéc.* n° 2, indiquant que le droit de repentir est aussi qualifié « [...] indifféremment par notre législateur de facultés de "dénonciation", de "renonciation", ou

engagement mais renonce à l'exercice d'un droit. Corollaire de la liberté contractuelle, il existe une liberté de renoncer, car nul ne peut être contraint d'exercer son droit¹⁹⁵³. La renonciation par le cédant à sa créance de rachat présente deux caractéristiques : elle est non seulement d'ordre public, mais elle confère aussi à cette créance un caractère potestatif.

513-1. Une créance potestative. Définis largement, les droits potestatifs sont des : « [...] pouvoirs par lesquels leurs titulaires peuvent influencer sur les situations juridiques préexistantes en les modifiant, les éteignant, ou en créant de nouvelles au moyen d'une activité propre unilatérale »¹⁹⁵⁴.

Appliquée à la procédure d'agrément, la potestativité du droit du cédant réside dans la possibilité d'éteindre sa créance de rachat vis-à-vis de la société, laquelle lui est acquise puisque cette dernière est d'ores et déjà engagée dès la notification du refus¹⁹⁵⁵. Afin de respecter son obligation, la société doit, avant l'exécution de celle-ci, proposer une offre d'acquisition des droits sociaux¹⁹⁵⁶ ou, autrement dit, une offre de remboursement des apports¹⁹⁵⁷, par un rachat à proprement parlé, ou une acquisition par un associé ou un tiers¹⁹⁵⁸. Corrélativement, l'objet de la créance du cédant peut s'analyser comme un véritable droit de retrait, par nature potestatif, puisqu'il peut décider, par un acte unilatéral de volonté, de renoncer à céder ses droits sociaux si les conditions proposées ne lui conviennent pas¹⁹⁵⁹. Le cas échéant, il ne s'agirait pas d'un droit de retrait mais d'une exclusion. Sa renonciation au rachat a alors l'effet d'une condition résolutoire anéantissant la dette de la société, laquelle est d'ordre public.

513-2. Un droit d'ordre public. L'intégration du droit de repentir par les ordonnances

encore de "rétractation", citant également BAILLOD (R.), « Le droit de repentir », *RTD civ.* 1984, p. 227 ; BRUN (Ph.), « Le droit de revenir sur son engagement », *Dr. et patrimoine* 1998, p. 78.

Adde MIRABAIL (S.), *La rétractation en droit privé français*, préf. J.-P. Marty, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, t. 284, 1997.

¹⁹⁵³ V. à ce propos : HOUTCIEFF (D.), v. « Renonciation », in *Rép. Civ. Dalloz*, 2012, spéc. n° 13.

¹⁹⁵⁴ NAJJAR (I.), *Le droit d'option. Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, préf. P. Raynaud, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, t. 85, 1967, p. 102, n° 99.

¹⁹⁵⁵ Les textes mentionnent comme étant débiteurs de cette obligation tantôt la société, tantôt les associés (v. *supra* n° 474 et s.).

¹⁹⁵⁶ En ce sens, v. LÉCUYER (H.), « Commentaire de l'ordonnance du 25 mars 2004 dans ses dispositions relatives aux SARL », *LPA* 16 avril 2004, n° 77, p. 4 : « [...] la proposition faite par les associés constitue, non l'acceptation d'une offre faite par l'associé cédant, mais une offre d'acquisition de ses titres à l'associé qui, en situation d'accepter la sollicitation qui lui est adressée, demeure naturellement libre de la faire ou non, expressément ou tacitement ».

¹⁹⁵⁷ V. en ce sens : MORTIER (R.), *op. cit.*, p. 285, n° 354.

¹⁹⁵⁸ Pour l'étude de l'objet de l'obligation de rachat, v. *supra* n° 472 et s.

¹⁹⁵⁹ En ce sens, v. CA Paris, 2 décembre 1987, *Rev. sociétés* 1989, p. 57, note (D.) RANDOUX. La Cour d'appel de Paris estima dans cet arrêt que « [...] le cédant qui a négocié avec un candidat acquéreur dispose alors d'un véritable droit de retrait opposable à la société ». V. également : MORTIER (R.), « Contre le droit de repentir en droit des sociétés », *Rev. sociétés* 2009, p. 547, spéc. n° 8, selon lui « [...] le retrait n'est pas un contrat mais un acte juridique unilatéral, de sorte que la décision sociale autorisant le rachat consécutif ne constitue qu'une simple autorisation de retrait, que l'associé est libre d'utiliser ou non ». Adde THULLIER (B.), *L'autorisation en droit privé*, préf. A. Bénabent, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, t. 252, 1996.

Comp. avec le droit de retrait prévu pour les associés de sociétés civiles (C. civ., art. 1869).

de 2004¹⁹⁶⁰ aux procédures d'agrément de la SARL et des sociétés par actions lui a fait acquérir le caractère d'ordre public dont ces procédures sont marquées. Cependant, avant 2004, ce caractère était discuté. Un auteur avait ainsi avancé la possibilité pour les statuts de le supprimer : l'obligation d'achat de la société se transformant alors en droit de préemption, sous réserve de s'exercer dans les mêmes conditions de délai et de prix¹⁹⁶¹.

Cette analyse n'emporte pas l'adhésion. Ce que protège cette faculté de renoncer à la cession est précisément la volonté du cédant de s'engager à des conditions qu'il estime acceptables¹⁹⁶² mais aussi, que le refus d'agrément ne soit pas synonyme d'une exclusion déguisée, car sa mise en œuvre ne respecterait pas les conditions de validité requises par cette clause. Le principe de l'exclusion nécessite en effet d'être unanimement accepté par les associés¹⁹⁶³. Dès lors, il semble que tous les aménagements statutaires contrariant cette liberté du cédant doivent être proscrits, au nom de son caractère d'ordre public.

En revanche, sa renonciation au bénéfice de ce droit (de repentir) est licite. L'ordre public étant institué pour le protéger, rien n'interdit qu'il renonce à cette protection. En ce sens, il fut jugé que cette renonciation au droit de repentir se manifestait valablement, par la proposition ferme faite à ses associés de racheter ses droits sociaux¹⁹⁶⁴. Ainsi, les difficultés d'analyse de ce droit ne se concentrent pas tant sur sa nature que sur sa mise en œuvre.

b. Le moment de l'exercice du droit de repentir.

514. Le contenu des textes et la problématique suscitée. Le moment de l'exercice de cette renonciation a des conséquences importantes. En principe, dès lors que le cédant et l'acquéreur proposé recourent à une expertise pour déterminer le prix de cession des droits sociaux, cela signifie qu'ils sont d'accord sur la chose et sur un prix, certes non déterminé, mais

¹⁹⁶⁰ Pour la SARL, v. C. com., art. L. 223-14, al. 3, *in fine*, issu de l'ordonnance n° 2004-274 du 25 mars 2004. Pour la SA, v. C. com., art. L. 228-24, al. 2, *in fine*, issu de l'ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004.

¹⁹⁶¹ ROBLLOT (R.), « L'agrément de nouveaux actionnaires », in *Mélanges en l'honneur de Daniel Bastian*, vol. 1, Librairies techniques, 1974, p. 283, *spéc.* n° 18. *Contra* v. BERTREL (J.-P.), « Fusions-acquisitions : une clause d'agrément est-elle applicable en cas de fusion ou scission ? », *Dr. et patrimoine* avril 2003, n° 114, se référant à Cass. com., 10 mars 1976, *Rev. sociétés* 1976, p. 332, note (J.) HÉMARD.

¹⁹⁶² *Rappr.* MORTIER (R.), *art. préc., spéc.* n° 17, invoquant une cause des droits de repentir : « un risque de consentement non éclairé ».

¹⁹⁶³ Cass. com., 13 décembre 1994, *JCP E* 1995, II, p. 705, note (Y.) PACLOT ; CA Paris, 3^{ème} ch. A, 27 mars 2001, n° 2000/12023, *Dr. sociétés* 2002, p. 30, note (F.-X.) LUCAS ; CA Montpellier, 28 mai 2002, *RTD com.* 2003, p. 521, note (Cl.) CHAMPAUD et (D.) DANET.

Adde SIKORA (J.), *L'exclusion des membres des groupements de droit privé*, thèse Strasbourg, 2007 ; ANSAULT (J.-J.), « Les clauses statutaires d'exclusion à l'aune de la liberté contractuelle », *Journ. Sociétés* 2012, n° 104, p. 28 ; GRANOTIER (J.), « L'exclusion d'un associé : vers de nouveaux équilibres », *JCP G* 2012, p. 653.

¹⁹⁶⁴ Cass. com., 9 avril 1991, *Bull. Joly Sociétés* 1991, p. 622, note (P.) LE CANNU.

tout au moins déterminable¹⁹⁶⁵. La cession devrait donc s'analyser comme un contrat conclu¹⁹⁶⁶ et exclure l'exercice du droit de repentir par le cédant.

Cependant, les textes n'interdisent pas la possibilité de cet exercice après le recours à l'expert. L'article 1862, alinéa 3 du Code civil relatif à la société civile¹⁹⁶⁷ ne mentionne aucun délai pour exercer cette renonciation, de même que l'article L. 223-14, alinéa 3 *in fine* du Code de commerce ayant trait à la SARL¹⁹⁶⁸, tandis que l'article L. 228-24, alinéa 2, *in fine* du même Code relatif aux sociétés par actions indique expressément que : « Le cédant peut à tout moment renoncer à la cession de ses titres de capital ou valeurs mobilières donnant accès au capital »¹⁹⁶⁹.

Sans emporter une adhésion unanime, certains auteurs considèrent que cette dernière précision est applicable à la SARL¹⁹⁷⁰ et, donc, qu'elle serait logiquement transposable à la société civile.

Il appartiendra sans doute à la jurisprudence de trancher cette controverse. Un doute existe à cet égard sur la portée à donner à un arrêt rendu par le 8 avril 2008, par lequel la Chambre commerciale de la Cour de cassation prit acte de l'existence du droit de repentir à tout moment. Elle y décida, en effet, que la désignation à l'amiable de l'expert ne rendait pas la vente parfaite ; celle-ci n'exprimant pas la volonté du cédant de vendre ses actions¹⁹⁷¹. En l'absence de confirmation de cette solution à propos d'une SARL ou d'une société civile, il est permis de douter de la généralisation du droit de repentir exerçable à tout moment car, en l'espèce, le litige avait trait à une société anonyme. Peut-être ne s'agit-il que d'une simple application de l'article L. 228-24, alinéa 2 du Code de commerce. En tout état de cause, si cette conception du droit de

¹⁹⁶⁵ *Rappr.* jugeant nulle la cession de parts dont le prix n'est pas déterminable : Cass. com., 13 janvier 1971, *Bull. civ.* 1971, IV, p. 13.

¹⁹⁶⁶ C. civ., art. 1589, al. 1^{er}.

¹⁹⁶⁷ C. civ., art. 1862, al. 3 *in fine* : « [...] le tout sans préjudice du droit du cédant de conserver ses parts ». V. aussi : CA Paris, 24 novembre 1989, *Dr. sociétés* 1990, n° 34 ; *RTD com.* 1990, p. 215, obs. (E.) ALFANDARI et (M.) JEANTIN ; Cass. com., 7 décembre 2010, n° 09-17.351, *Bull. civ.* 2010, IV, n° 194 ; *Rev. sociétés* 2011, p. 296, note (B.) SAINTTOURENS.

¹⁹⁶⁸ C. com., art. L. 223-14, al. 3, *in fine* : « [...] sauf si le cédant renonce à la cession de ses parts ». V. néanmoins pour un indice issu des travaux préparatoires de l'ordonnance : SAINTTOURENS (B.), « L'attractivité renforcée de la SARL après l'ordonnance n° 2004-274 du 25 mars 2004 », *Rev. sociétés* 2004, p. 207, *spéc.* n° 27 : « Il appartiendra au juge de fixer l'interprétation de la portée de la réforme réalisée sur ce point par l'ordonnance sachant que, par hypothèse, l'intention exacte du législateur restera une énigme à défaut de discussion parlementaire. On pourra toutefois relever que le rapport commun publié en octobre 2003 par l'AFEP, l'ANSA et le MEDEF qui a servi à l'évidence à guider les orientations de la réforme indique très précisément, dans l'exposé des motifs sous l'article 10 de la proposition de réforme, que la fixation du prix des parts par un expert ne fait pas obstacle au droit du cédant de conserver ses parts ».

¹⁹⁶⁹ C. com., art. L. 228-24, al. 2, *in fine*.

¹⁹⁷⁰ SAINTTOURENS (B.), « Le nouveau droit des clauses d'agrément », *Rev. sociétés* 2004, p. 611, *spéc.* n° 8 ; LIENHARD (A.), « Les assouplissements du régime de la SARL (ordonnance du 25 mars 2004) », *D.* 2004, p. 930. *Contra* MALECKI (C.), « Le remaniement du régime des clauses d'agrément par l'ordonnance n° 2004 – 604 du 24 juin 2004 », *D.* 2004, p. 2775, *spéc.* n° 14.

¹⁹⁷¹ Cass. com., 8 avril 2008, n° 06-18.362, Société Lamy c/ Société Sèché environnement, *Bull. Joly Sociétés* 2008, p. 585, note (D.) PORACCHIA ; *D.* 2008, p. 1207, obs. (A.) LIENHARD ; *ibid.* 2009, p. 323, obs. (J.-Cl.) HALLOUIN et (E.) LAMAZEROLLES ; *RTD com.* 2008, p. 801, obs. (P.) LE CANNU et (B.) DONDERO ; *Dr. sociétés* 2008, comm., n° 129, note (H.) HOVASSE ; *JCP E* 2008, p. 1950, obs. (S.) SCHILLER.

repentir a ses partisans, elle ne fait pas l'unanimité.

514-1. Les arguments en faveur de l'exercice du droit de repentir à tout moment.

Conformément aux vœux émis dans le rapport remis conjointement par l'AFEP, l'ANSA et le MEDEF en 2003, ainsi que celui rédigé par la Chambre de commerce et d'industrie de Paris la même année¹⁹⁷², cette faculté conférerait à l'associé cédant une meilleure gestion de ses droits sociaux.

En effet, une fois qu'il a connaissance du prix estimé par l'expert, il serait en mesure de déterminer s'il est avantageux pour lui. Le cas échéant, il pourrait décider de renoncer à la cession. Cette solution serait, par conséquent, conforme à la véritable volonté des parties, laquelle porte uniquement sur la nomination d'un tiers estimateur, et non celle de conclure une vente ferme¹⁹⁷³.

Par ailleurs, un autre avantage résiderait dans la protection conférée aux actionnaires minoritaires, dans l'hypothèse d'une d'expertise arbitraire ; le droit de repentir leur permettrait alors de se délier du contrat, sans avoir à invoquer une erreur grossière de l'expert¹⁹⁷⁴. Cette argumentation, qui semble le parti pris adopté par la jurisprudence, est néanmoins contestable.

514-2. Les arguments contre l'exercice à tout moment du droit de repentir.

Sans nul doute, la critique la plus virulente dénonce l'atteinte portée par ce droit à la force obligatoire des contrats. En effet, leur formation étant instantanée, l'existence d'un contrat de cession des droits sociaux est difficilement contestable puisque l'élément manquant à sa conclusion, le prix, devient déterminable du simple fait de la nomination de l'expert. Par conséquent, en vertu de l'article 1103 du Code civil, la force obligatoire du contrat interdit sa révocation par une volonté unilatérale¹⁹⁷⁵. Cette évidence ne semble pourtant plus applicable en droit des sociétés, en raison de la faculté accordée au cédant de ne pas conclure le contrat si le prix estimé ne lui convient pas.

¹⁹⁷² Rapport AFEP, ANSA, MEDEF, *Pour un droit moderne des sociétés*, 2003, art. 112 ; Rapport CCIP, *Pour une réforme du droit de la société anonyme non cotée*, 23 octobre 2003, p. 41.

Adde Rapport Marini, *Sur la modernisation du droit des sociétés*, La documentation française, 1996, p. 38.

¹⁹⁷³ En ce sens, v. PORACCHIA (D.), note sous Cass. com., 8 avril 2008, n° 06-18.362, *Bull. Joly Sociétés* 2008, p. 585.

¹⁹⁷⁴ MALECKI (C.), *op. cit.*, spéc. n° 15. À propos de l'erreur grossière de l'expert, v. Cass. com., 4 novembre 1987, *Bull. Joly Sociétés* 1987, p. 860 ; *JCP E* 1988, II, 15212, note (A.) VIANDIER. Et récemment, v. Cass. com., 15 janvier 2013, n° 12-11.666, F-P+B, SCI 6 rue de l'Abreuvoir c/ Daniel de la Nézière veuve Fort, *JurisData* n° 2013-000317 ; *Dr. sociétés* 2013, comm. 42, note (R.) MORTIER.

¹⁹⁷⁵ En ce sens, v. pour la jurisprudence antérieure : Cass. com., 19 mai 1987, *Bull. Joly Sociétés* 1987, p. 497 ; Cass. com., 13 octobre 1992, *Bull. civ.* 1992, IV, n° 310 ; *JurisData* n° 1992-002160 ; *JCP E* 1992, pan. 1358 ; *JCP* 1992, IV, 3056 ; *JCP E* 1993, I, 218, n° 13, obs. (A.) VIANDIER et (J.-J.) CAUSSAIN ; *Rev. sociétés* 1993, p. 578, note (D.) RANDOUX. Cass. com., 2 juillet 1996, SARL Polyclinique de Deauville et autres c/ Bonhomme, *JurisData* n° 1996-003098 ; *RJDA* 11/1996, n° 1341, p. 948 ; *Rev. sociétés* 1997, p. 345, note (B.) SAINTTOURENS. Si le cédant accepte une proposition de la société, la vente est parfaite.

Adde LE NABASQUE (H.), « La force obligatoire du rapport d'expertise dans la procédure d'agrément », *Dr. sociétés* 1992, chron. p. 1 ; MERLE (Ph.), « Refus d'agrément et droit de repentir dans les SARL », *RJDA* 1993, n° 1, chron. p. 3.

Une autre critique de ce droit de repentir fut soulevée : que faut-il entendre précisément par l'expression « à tout moment », mentionnée à l'article L. 228-24, alinéa 2 du Code de commerce¹⁹⁷⁶ ? Selon le professeur Mortier, « l'absolutisme de l'expression »¹⁹⁷⁷ semble autoriser une renonciation quelques jours, quelques mois, ou même quelques années, après la fixation du prix. Cette dernière remarque paraît toutefois excessive car le dispositif du rachat est borné par un délai sanctionné, le cas échéant, par l'agrément tacite. Celui-ci a notamment pour but que les parties ne s'enlisent pas dans cette situation. Dès lors, le droit de repentir ne peut, semble-t-il, s'exercer après ce délai et, encore faut-il que le cédant se prononce rapidement ; la jurisprudence exigeant que le rachat soit effectivement exécuté avant son expiration¹⁹⁷⁸.

Plus généralement, la finalité de la rétractation n'est-elle pas de protéger son bénéficiaire en raison de sa présumée faiblesse¹⁹⁷⁹ ? En outre, celle-ci le protège surtout d'une exclusion déguisée à laquelle il n'aurait pas consenti statutairement.

Enfin, une dernière critique réside dans la minimisation de l'autorité de l'expert nommé sur le fondement de l'article 1843-4 du Code civil : sa mission ne consisterait plus qu'à donner un simple avis¹⁹⁸⁰. Cet argument constitue un obstacle dirimant à l'admission de l'exercice à tout moment de ce droit de repentir, car il heurte la finalité même de l'article 1843-4 du Code civil¹⁹⁸¹. Par conséquent, il serait bienvenu que cette faculté ne soit pas étendue à toutes les structures sociétaires, au contraire des modalités de forme accompagnant son exercice.

2. La règle de forme nécessaire à l'exercice du droit de repentir.

515. La notification de la renonciation. Seul l'article 49, alinéa 1^{er} du décret n° 78-704 du 3 juillet 1978 relatif à la société civile mentionne l'obligation pour le cédant de notifier à la société sa renonciation. Cette règle de forme est pourtant importante car elle permet de mettre fin à la computation du délai de l'agrément tacite. L'absence de cette formalité dans les autres sociétés est

¹⁹⁷⁶ MORTIER (R.), « Contre le droit de repentir en droit des sociétés », *Rev. sociétés* 2009, p. 547, *spéc.* n° 15. Estimant également que cette surprotection du cédant au détriment de l'acquéreur est difficilement compréhensible car : « Pourquoi accorder un traitement de faveur au cédant, lui qui au demeurant est mieux placé pour estimer les actions qu'il cède, et lui qui est dans la position confortable de percevoir et non d'avoir à débours ? ».

¹⁹⁷⁷ *Ibid.*

¹⁹⁷⁸ En ce sens, v. *infra* n° 499.

¹⁹⁷⁹ MORTIER (R.), *art. préc., spéc.* n° 17 : « [...] l'impératif de justice semble satisfait lorsque le droit de repentir fait office d'auxiliaire de la théorie classique des vices du consentement. Le droit de repentir ne devrait jamais cesser de remplir ce rôle, sans quoi il devient injustifiable, inadmissible. Ainsi doit-il protéger la partie faible contre la partie réputée forte : le consommateur ou non professionnel contre le professionnel, le salarié contre l'employeur... C'est pourquoi le droit de la consommation et le droit du travail ont constitué pour le droit de repentir de véritables oasis ».

¹⁹⁸⁰ V. à ce propos, *infra* n° 539.

¹⁹⁸¹ Pour cette finalité, v. *supra* n° 503.

dès lors difficilement compréhensible¹⁹⁸². En outre, cette précision dans un texte réglementaire est logique : il s'agit d'une modalité d'application de la loi. D'ailleurs, ne conviendrait-il pas de conférer cette nature à l'ensemble de la procédure d'agrément¹⁹⁸³ ?

Conclusion Section I. Des règles spéciales perfectibles *de lege lata*.

516. Les règles spéciales sont celles consécutives à un refus d'agrément. Afin de protéger le droit de l'associé de céder ses droits sociaux et uniquement dans cette hypothèse¹⁹⁸⁴, la loi a mis à la charge de certaines sociétés¹⁹⁸⁵ une obligation de les racheter, ou de les faire acquérir par les associés ou par un tiers¹⁹⁸⁶. L'objet de cette obligation diffère, néanmoins, en présence d'une demande d'agrément faite à la suite de la réalisation d'un nantissement ou de l'ouverture de la succession d'un associé¹⁹⁸⁷. Encadrée par une procédure, son exécution requiert le respect de diverses modalités. Celles-ci ont trait à la désignation d'un tiers de substitution à la personne refusée¹⁹⁸⁸, au délai pour l'exécuter¹⁹⁸⁹ et, en dernier lieu, à sa notification¹⁹⁹⁰. Toutefois, à cette occasion, deux types de désaccord sont susceptibles de survenir : un désaccord sur le prix de rachat, lequel s'exprime par la formulation d'un recours sur le fondement de l'article 1843-4 du Code civil¹⁹⁹¹, et un désaccord sur l'exécution du rachat même, lequel se manifeste par la renonciation du cédant à quitter la société¹⁹⁹². Mais, comme les règles procédurales générales¹⁹⁹³, ces règles spéciales sont, elles aussi, l'objet d'incohérences et de lacunes rédactionnelles.

- S'agissant des incohérences, celles-ci sont patentées dans le corpus de la SARL. Ainsi le cédant ne bénéficie-t-il du droit au rachat de ses parts que s'il les détient depuis au moins deux ans¹⁹⁹⁴. Or pourquoi cette règle n'existe-t-elle pas pour les autres sociétés de personnes ? Toujours dans le cadre d'une SARL, le renvoi de l'article L. 223-14, alinéa 3 du Code de commerce ne laisse pas place à une contestation préalable à la saisine du tiers estimateur de l'article 1843-4 du Code civil. Il s'en déduit de façon surprenante qu'en cas de refus d'agrément, le prix du rachat est

¹⁹⁸² Pour la proposition de généralisation, v. *infra* n° 545.

¹⁹⁸³ En ce sens, v. la proposition faite *infra* annexe.

¹⁹⁸⁴ V. *supra* n° 464.

¹⁹⁸⁵ V. *supra* n° 467.

¹⁹⁸⁶ V. *supra* n° 472 et s.

¹⁹⁸⁷ V. *supra* n° 481 et s.

¹⁹⁸⁸ V. *supra* n° 474.

¹⁹⁸⁹ V. *supra* n° 490.

¹⁹⁹⁰ V. *supra* n° 500.

¹⁹⁹¹ V. *supra* n° 502.

¹⁹⁹² V. *supra* n° 510.

¹⁹⁹³ V. *supra* n° 461.

¹⁹⁹⁴ V. *supra* n° 478.

fixé autoritairement par cet expert, sauf s'il existe une clause d'évaluation qu'il sera tenu d'appliquer¹⁹⁹⁵. Par ailleurs, l'exécution de cette obligation de rachat requiert le respect de diverses modalités, dont le contenu n'est pas toujours spécifié par les textes de toutes les sociétés ou de façon identique d'une société à une autre, et cela, sans pour autant que ces disparités soient toujours justifiées. Ainsi existe-t-il, d'une société à une autre, l'exigence qu'un organe spécialement compétent pour décider des suites du refus d'agrément soit désigné¹⁹⁹⁶, divers délais d'exécution¹⁹⁹⁷ et, enfin, diverses notifications ayant pour objet d'informer le cédant de l'alternative choisie pour acquérir ses droits sociaux¹⁹⁹⁸, ou d'informer la société de la renonciation du cédant¹⁹⁹⁹, avant ou après un éventuel recours fondé sur l'article 1843-4 ; le moment de son exercice n'étant pas toujours précisé par la loi²⁰⁰⁰.

- S'agissant des lacunes du dispositif du rachat, nonobstant l'absence de mention des opérations de restructuration dans le champ de l'agrément, certaines juridictions du fond ont accepté de l'appliquer à ces hypothèses. Or cette admission ne semblait pas si naturelle au regard d'un précédent jurisprudentiel ayant jugé inopposable une demande d'agrément postérieure à sa réalisation. La jurisprudence a également résolu un certain nombre de problèmes liés à la computation du délai en affirmant sa date de prorogation mais aussi et, surtout, que l'obligation de rachat devait être effectivement exécutée pendant celui-ci²⁰⁰¹. Plus généralement, la question se pose de savoir si, l'absence du dispositif du rachat à l'égard de la SNC et de la commandite simple est réellement pertinente²⁰⁰².

517. La constatation de ces défauts n'est toutefois pas si étonnante, elle est même logique : la méthode législative instituant ces règles spéciales fut la même que celle édictant les précédentes, c'est-à-dire, au cas par cas, sans considération pour les textes préexistants et leur ensemble. Ce constat n'est pourtant, là encore, pas inéluctable. Le fait que des règles ayant le même objet existent pour toutes les sociétés suggère que leur unification est possible. Celle-ci est d'ailleurs conforme à l'éventuelle présence de *l'intuitu personae* au sein de chacune de ces structures²⁰⁰³. Toutefois, certaines règles communes à toutes les sociétés ont parfois des modalités différentes

¹⁹⁹⁵ V. *supra* n° 504.

¹⁹⁹⁶ V. *supra* n° 489.

¹⁹⁹⁷ V. *supra* n° 491.

¹⁹⁹⁸ V. *supra* n° 500.

¹⁹⁹⁹ V. *supra* n° 515.

²⁰⁰⁰ V. *supra* n° 514.

²⁰⁰¹ V. *supra* n° 499.

²⁰⁰² V. *supra* n° 467.

²⁰⁰³ V. *supra* n° 125.

d'exécution. L'élaboration d'un régime commun nécessitera, dès lors, de s'interroger sur le bien-fondé de la généralisation ou de la suppression de chacune de ces règles. L'esprit qui guidera ce choix sera celui de la recherche d'un équilibre entre l'intérêt des différents protagonistes.

Section II. Des règles spéciales plus intelligibles *de lege feranda*.

518. Plan. À l'instar des règles générales, l'étude préalable des règles consécutives au refus d'agrément a permis d'en dégager un droit commun (§ I), et a mis en évidence l'existence de quelques éléments irréductibles à cette uniformisation (§ II).

§ I. Uniformiser les règles spéciales du refus d'agrément.

519. Plan. Afin de les uniformiser, généraliser l'application du dispositif de rachat sera d'abord nécessaire (I), une synthèse de ses modalités d'exécution pourra ensuite être envisagée (II).

I. Généraliser le dispositif du rachat.

520. Une généralisation à toutes les sociétés, y compris à la SNC et à la société en commandite. Ce dispositif désigne l'ensemble des règles entourant l'obligation faite à la société de permettre soit la cession des droits de l'associé cédant, soit l'indemnisation de ses ayants droit refusés dans l'hypothèse de son décès²⁰⁰⁴. Cette obligation a un objet alternatif : elle peut prendre la forme d'un rachat ou d'une acquisition par les associés ou un tiers²⁰⁰⁵. Son domaine est toutefois doublement restreint.

D'une part, naturellement, par le fait que seules les demandes d'agrément consécutives à un projet de transfert²⁰⁰⁶, ou à une transmission universelle du patrimoine, peuvent faire l'objet d'un rachat. Sont ainsi exclus de son application les faits générateurs que lui assimile la loi comme la souscription de droits sociaux, ou la revendication de la qualité d'associé par le conjoint commun en biens²⁰⁰⁷.

²⁰⁰⁴ Concernant la discussion relative à la nature de cette obligation, v. *supra* n° 483.

²⁰⁰⁵ S'agissant des détails relatifs à cet objet, v. *supra* n° 479 et s.

²⁰⁰⁶ De droits sociaux ou de prérogatives conférant un droit d'intervention aux assemblées (v. *supra* n° 270 et s.).

²⁰⁰⁷ V. *supra* n° 276.

Et, d'autre part, légalement, la SNC et la société en commandite sont exclues de son domaine dans l'hypothèse d'une cession de parts²⁰⁰⁸. Cette exclusion est justifiée par la rigueur de l'engagement solidaire des associés. En outre, la sanction de l'écoulement des délais implique l'agrément tacite du cessionnaire, ce qui constitue une grave menace pour la société, si l'agrément lui a précédemment été refusé en raison de son insolvabilité. Il existe dès lors un conflit entre l'intérêt pour la société de préserver le cercle de ses associés fermé, et celui de l'associé de pouvoir céder ses parts. Force est de constater que le refus d'agrément constitue, de la sorte, non seulement une inaliénabilité déguisée à laquelle le cédant n'a pas consenti mais, il l'oblige également, à rester dans la société contre sa volonté, et peut-être pour très longtemps, à défaut de présenter un cessionnaire trouvant grâce aux yeux de ses coassociés. Il est ainsi indubitablement porté atteinte au principe de la prohibition des engagements perpétuels²⁰⁰⁹. Car, en dépit de la durée de vie programmée de la société, du moins personnifiée, celle-ci peut excéder la durée de la vie humaine et, en ce sens, engager ses associés leur vie durant.

Or, grâce au droit de résilier unilatéralement les contrats à durée indéterminée, la théorie générale offre au cocontractant le droit de s'en délier²⁰¹⁰. En droit des sociétés, une telle faculté n'existe qu'à travers l'exercice de deux droits²⁰¹¹. Le premier existe pour toutes les structures sociétaires : il s'agit de la possibilité pour l'associé de céder ses droits sociaux. Ce que ne lui permet plus le refus du cessionnaire de l'associé en nom, une fois celui-ci prononcé. La seconde faculté de résiliation, indirecte, s'exerce ponctuellement à travers l'exercice d'un droit de retrait, lequel n'existe en droit positif que dans le cadre de la société civile²⁰¹². Dès lors, afin de contrer l'effet prohibé du refus d'agrément en présence d'une SNC, il serait juste d'étendre ce droit de retrait à ses associés, après avoir posé le principe de l'application du dispositif du rachat. Cette extension de son domaine se justifie, tant en théorie qu'en pratique.

521. Une généralisation du dispositif du rachat théoriquement justifiée. En raison de l'effet néfaste du refus d'agrément dans la SNC, un rééquilibrage des intérêts en présence est

²⁰⁰⁸ L'hypothèse de l'indemnisation des ayants droit d'un associé décédé est expressément envisagée par l'article L. 221-15 du Code de commerce relatif à la SNC (v. *supra* n° 484).

²⁰⁰⁹ C. civ., art. 1210 : « Les engagements perpétuels sont prohibés ».

²⁰¹⁰ Assimilant un engagement perpétuel à un contrat à durée indéterminée depuis la réforme de 2016, c. civ., art. 1210, al. 2 : « Chaque contractant peut y mettre fin dans les conditions prévues pour le contrat à durée indéterminée ».

Adde ANDREU (L.), THOMASSIN (N.), *Cours de droit des obligations*, Gualino, 2^{ème} éd., 2017, p. 293, n° 780 ; MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.), *Droit des obligations*, Defrénois, coll. Droit civil, 8^{ème} éd., 2016, p. 522, n° 915.

²⁰¹¹ *Adde* LIBCHABER (R.), « Réflexions sur les engagements perpétuels et la durée des sociétés », *Rev. sociétés* 1995, p. 437, soulignant que les réformes de 1966 et de 1978, ont successivement modifié, puis abrogé l'ancien article 1869 du Code civil, lequel disposait que : « La dissolution de la société par la volonté de l'une des parties ne s'applique qu'aux sociétés dont la durée est illimitée. »

Comp. C. civ., art. 1844-7, énumérant les causes de dissolution de la société.

²⁰¹² C. civ., art. 1869.

nécessaire. Celui-ci impliquerait de consacrer, au profit du cédant, un droit au rachat de ses parts, à l'instar du droit existant dans les autres sociétés. En revanche, afin de ne pas défavoriser la société, son exécution ne devrait pas être assortie de la sanction d'un agrément tacite.

Le système décrit s'apparenterait alors à un droit de retrait accordé à l'associé cédant, tel qu'en bénéficie l'associé d'une société civile, sans qu'il ne lui soit pour autant nécessaire d'obtenir une autorisation judiciaire, ni de justifier de justes motifs²⁰¹³ ; le droit de céder ses parts est une prérogative de l'associé et son exercice légitime, à lui seul, le retrait en cas de refus d'agrément. En outre, la démarche l'ayant mené à projeter la cession de ses parts est suffisamment démonstrative de son intention de ne plus participer à la société.

Enfin, ce droit de retrait, auquel le refus d'agrément donne naissance, ne se confondrait pas avec un rachat forcé²⁰¹⁴. En effet, le cédant bénéficierait, à l'instar des associés de toute autre société, d'un droit de renoncer à la cession envisagée, si les conditions de rachat proposées ne le satisfont pas. Autrement dit, l'associé dispose d'une créance potestative de rachat²⁰¹⁵, laquelle lui permet de résilier unilatéralement sa participation au contrat de société, sans pour autant anéantir celui-ci puisque ses effets perdurent entre les autres associés.

522. Une généralisation du dispositif du rachat pratiquement justifiée. Plus généralement, au-delà d'une extension de son domaine afin d'unifier la procédure d'agrément, sa consécration a également une utilité pratique. D'un point de vue relationnel, il semble préférable de permettre à un associé de quitter la société dès lors qu'il en manifeste la volonté, plutôt que de le maintenir artificiellement dans le groupement au risque qu'il devienne nuisible à sa pérennité, et qu'un conflit larvé avec les autres associés n'aboutisse à une demande de dissolution. Or cette issue n'est privilégiée ni par la jurisprudence, ni par le législateur ; leur mot d'ordre étant de préserver l'existence de la société²⁰¹⁶.

523. Une limite à cette généralisation. De la sorte, généraliser le dispositif du rachat présente des utilités non seulement juridiques mais aussi pratiques. Cette généralisation se heurte toutefois aux spécificités de l'engagement solidaire des associés en nom et des commandités, pour lesquels un droit de retrait novateur nécessite d'être institué, sans toutefois que son inexécution soit sanctionnée par l'agrément tacite du cessionnaire²⁰¹⁷. Le cas échéant, il appartiendrait au

²⁰¹³ Pour plus d'analyses à propos de ce droit de retrait, v. SAUGET (I.), *Le droit de retrait de l'associé*, thèse Paris X – Nanterre, 1991, p. 95, n° 90.

²⁰¹⁴ SAUGET (I.), *thèse préc.*, p. 204, n° 221.

²⁰¹⁵ Sur ce caractère potestatif, v. plus précisément *supra* n° 512-1.

²⁰¹⁶ Pour un résumé de cette évolution tant jurisprudentielle que législative, v. SAUGET (I.), *thèse préc.*, p. 96, n° 92. Depuis la loi du 4 janvier 1978, cette volonté s'exprime notamment par une restriction du champ d'application des nullités en droit des sociétés.

²⁰¹⁷ Pour le texte proposé, v. *infra* n° 642.

cédant de faire valoir ses droits en justice, afin d'obtenir l'exécution forcée du rachat de ses parts. Pour le restant du dispositif, ses modalités d'exécution seraient identiques entre toutes les sociétés.

II. Synthétiser ses modalités d'exécution.

524. Plan. Consécutivement à un refus d'agrément, la mise en œuvre des modalités d'exécution du dispositif du rachat est particulièrement complexe. Or pour la simplifier, il suffirait pourtant d'unifier ses règles procédurales (A), et de mieux appréhender les éventuels désaccords entre le cédant et la société (B).

A. Unifier les règles procédurales.

525. Plan. Unifier ces règles nécessite de préciser l'objet de l'obligation de rachat dont est débitrice la société (1), mais aussi de supprimer certaines exigences ponctuelles liées à son bénéficiaire ou à son exécution (2).

1. Préciser l'objet de l'obligation légale d'acquiescer les droits sociaux du cédant.

526. Un objet alternatif. En cas de refus d'agrément, la société dispose d'une alternative pour permettre l'acquisition des droits du cédant ou l'indemnisation de ses ayants droit refusés. Suffisamment rare pour être souligné, cet objet est commun à l'ensemble des sociétés pour lesquelles la loi organise les conséquences du refus d'agrément²⁰¹⁸. Cependant, afin d'en avoir une vision exhaustive, ce dispositif nécessite de réunir l'exposé de modalités précises, dispersées au sein des textes propres à chaque société. Ainsi la société a-t-elle le choix d'exécuter son obligation selon deux modalités alternatives :

- **Soit elle procède au rachat des droits de l'associé cédant.** Ce rachat peut prendre la forme d'une réduction de capital, toutefois subordonnée au consentement du cédant, en raison de la taxation consécutive au remboursement de ses apports. En raison du coût généralement élevé de l'opération pour la société, l'article L. 223-14, alinéa 4, du Code de commerce précise qu'elle peut bénéficier d'un : « [...] délai de paiement qui ne saurait excéder deux ans [...], sur

²⁰¹⁸ V. *supra* n° 472 et s.

justification, [et] être accordé [...] par une décision de justice. Les sommes dues portent intérêt au taux légal en matière commerciale. »

Cette possibilité, qui n'existe qu'à l'égard des SARL, serait pourtant profitable à toutes les sociétés, y compris dans les hypothèses de « rachat-cession »²⁰¹⁹. À leur propos, seuls les textes de la SAS et de la société européenne leur offrent la possibilité d'auto-détenir leurs titres consécutivement à leur rachat²⁰²⁰. Cette faculté ne semble pas ouverte aux autres sociétés par actions, car le texte du droit commun dispose que les actions peuvent être acquises « par la société en vue d'une réduction de capital ». Or, en vertu d'une interprétation littérale dominant la matière, l'absence de mention de l'auto-détention se comprend comme une obligation faite à la société qui rachèterait ses actions, de les annuler immédiatement. En revanche, s'agissant des textes spéciaux autorisant cette possibilité, ils l'encadrent en précisant que les actions auto-détenues doivent être cédées ou annulées dans un délai de six mois²⁰²¹.

Pourquoi cette faculté existe-t-elle seulement pour ces deux sociétés, alors même que l'ensemble des sociétés de ce type sont autorisées à auto-détenir leurs titres ? Il semblerait simplement que cet écueil soit une illustration de l'absence de méthode législative, la modification de la loi s'opérant de façon ponctuelle, et non selon une conception globalisante de la matière réformée. Ainsi le droit prospectif nécessiterait-il de supprimer cette incohérence en généralisant le rachat par auto-détention, dans une limite de six mois, à l'ensemble des sociétés par actions²⁰²². En outre, cette faculté est utile car elle permet d'établir un juste équilibre entre le droit de l'associé et celui de la société. Par le rachat de ses droits, le premier peut ainsi rapidement sortir de la société, tandis que la seconde dispose d'un délai supplémentaire consécutivement au rachat pour organiser le sort de ses titres, soit par leur annulation, soit par une acquisition, et cela, afin de maintenir son cercle fermé. Cette possibilité correspond alors à la seconde alternative offerte par l'objet de l'obligation de rachat.

²⁰¹⁹ Pour la distinction des « rachats-remboursements » liés à une réduction de capital et les « rachats-cessions », v. MORTIER (R.), *Le rachat par la société de ses droits sociaux*, préf. J.-J. Daigre, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 27, 2003, p. 345, n° 438.

²⁰²⁰ À propos de ce régime, v. C. com., art. L. 225-206 et s. ; MORTIER (R.), *J. Cl. Sociétés Traité*, fasc. 1658, v. « *Rachat d'actions ou de parts sociales* », 2014.

²⁰²¹ C. com., art. L. 227-18, al. 2 (SAS) ; C. com., art. L. 229-14, al. 2 (société européenne).

²⁰²² V. néanmoins favorablement à une extension à l'ensemble des parts sociales : MORTIER (R.), *J. Cl. Sociétés Traité*, fasc. 1658, v. « *Rachat d'actions ou de parts sociales* », 2014, *spéc.* n° 91 et n° 92, -, *thèse préc.*, p. 503, n° 645 : « Contrairement aux SARL, toutes les sociétés émettant des parts sociales (SNC, sociétés civiles, SCS, SCA pour les parts de commandités) peuvent les racheter, puis les conserver en portefeuille, particulièrement en vue de les rétrocéder. Cette solution résulte de la possibilité matérielle d'auto-détenir des parts sociales, et de l'inexistence par ailleurs (en dehors des SARL, bien sûr) de toute règle de droit l'interdisant. Certes, certains auteurs contestent le droit pour les sociétés en général d'auto-détenir leurs parts sociales, au motif que cela rend le capital social partiellement fictif. Mais c'est ignorer que les sociétés en question sont toutes à risque illimité : ce sont des sociétés où les associés sont responsables personnellement, de sorte que le capital social joue un rôle secondaire dans la protection des créanciers sociaux ».

- **Soit les droits sociaux sont acquis par les associés ou des tiers.** L'article 1862 du Code civil est à cet égard le texte le plus complet. Il précise que, lorsque les associés d'une société civile se portent acquéreurs, ils le sont proportionnellement au nombre des parts qu'ils détenaient antérieurement, sauf clause ou convention contraire. Cette possibilité se conçoit parfaitement. Dès lors que le formalisme est rigoureusement respecté, et par là même, les intérêts qu'ils protègent, l'aménagement des moyens que la société entend mettre en œuvre pour y parvenir est tout à fait concevable.

Par ailleurs, à défaut d'acquéreur parmi le cercle sociétaire, l'acquisition peut également être réalisée par un tiers. L'alinéa 2 de l'article 1862 précise que ce tiers est désigné à l'unanimité des autres associés, ou suivants les modalités fixées par les statuts. Cette dernière exigence est légitime : le refus d'agrément du demandeur initial ne saurait être un prétexte pour laisser entrer n'importe qui. Seulement, un renvoi aux conditions requises pour statuer sur l'agrément semble suffisant, ce que pourrait retenir le droit prospectif. Une fois cet acquéreur agréé, son engagement ne se substitue pas pour autant à celui de la société car il est assorti d'un terme : celui de l'expiration du délai de rachat. En effet, la société reste obligée subsidiairement car, si l'acquéreur se désiste pendant le délai alors, à son expiration, la sanction de l'agrément tacite lui sera toujours opposable. L'impérativité de ce délai s'oppose à ce que des aménagements conventionnels constituent un obstacle à sa computation²⁰²³. Ces quelques remarques permettent de prendre la mesure de la rigueur des conséquences d'un refus d'agrément. En pratique, leur anticipation par la société semble indispensable.

In fine, ce rassemblement de normes dispersées en droit positif forme un dispositif suffisamment équilibré pour le retenir sans autre adjonction ou suppression que celles proposées²⁰²⁴. Seule l'exigence propre aux sociétés par actions d'un organe spécial pour décider des suites du refus d'agrément deviendrait inutile, ainsi que l'obligation de détenir depuis deux ans, les parts d'une SARL pour bénéficier du droit au rachat.

²⁰²³ Un délai trop long risquerait en effet de décourager le cessionnaire à maintenir son engagement (v. à propos de la société civile, *supra* n° 492-2).

²⁰²⁴ Le texte de la proposition pourrait être rédigé de la façon suivante :

« Si la société a refusé l'agrément, elle est tenue d'acquérir les droits sociaux de l'associé cédant ou d'indemniser ses ayants droit de leur valeur selon l'alternative suivante :

1°. Soit un ou plusieurs associés expriment leur volonté d'acquérir, ils sont alors réputés acquéreurs à proportion du nombre de droits sociaux qu'ils détenaient antérieurement, sauf clause ou convention contraire. Si aucun associé ne se porte acquéreur, la société peut faire acquérir ces droits sociaux par un tiers préalablement agréé.

2°. Soit la société procède, avec le consentement de l'associé cédant, au rachat de ses droits sociaux en vue de leur annulation. En présence d'actions ou de valeurs mobilières, celles-ci ne peuvent être auto-détenues plus de six mois.

Un délai de paiement qui ne saurait excéder deux ans peut, sur justification, être accordé à la société par une décision de justice. Les sommes portent intérêt au taux légal en matière commerciale. »

Pour la proposition complète, v. *infra* annexe.

2. Supprimer certaines exigences spéciales.

527. Plan. En droit positif, l'exécution de l'obligation de rachat requiert le respect de certaines exigences propres à la SARL (a) et aux sociétés par actions (b). Or celles-ci perdent leur justification au regard du droit prospectif, c'est pourquoi il sera préconisé de les supprimer.

a. Supprimer l'exigence d'une durée de détention des parts sociales de SARL.

528. Une règle rendue obsolète par le principe de l'agrément obligatoire. L'exigence d'une durée de détention de deux ans des parts sociales d'une SARL pour bénéficier du droit au rachat ne serait pas généralisée à toutes les sociétés²⁰²⁵ ; elle serait même supprimée. En effet, aux termes de la rationalisation proposée, l'instauration d'un agrément légal suffit pour dissuader la spéculation sur les parts sociales²⁰²⁶. De la même façon, une exigence propre aux sociétés par actions apparaît privée de fondement au regard de cet agrément.

b. Supprimer l'exigence d'un organe différent pour statuer sur les conséquences du refus d'agrément dans les sociétés par actions.

529. Une exigence légale caduque en droit prospectif. Le droit commun des sociétés par actions distingue la compétence de « la société » pour statuer sur une demande d'agrément, de la compétence « du conseil d'administration, du directoire ou des gérants » pour décider des conséquences du refus de l'agrément²⁰²⁷.

Or, par application de la proposition suggérée, cette disposition deviendrait caduque. La promotion de la conception contractuelle de la société aurait pour conséquence de donner le pouvoir d'agrérer aux associés ; la compétence accordée aux autres organes sociaux s'analysant comme une délégation de ce pouvoir originel²⁰²⁸. Dès lors, en vertu de cette analyse, le pouvoir de statuer sur la demande initiale, comme sur les conséquences du refus d'agrément, appartient en principe à l'assemblée générale. Néanmoins, la liberté octroyée par le droit positif pour aménager cette compétence serait maintenue, *de lege feranda*. Conserver la solution légale actuelle serait ainsi tout à fait concevable, par un aménagement statutaire conférant le pouvoir d'agrérer à un organe, et le pouvoir de décider des conséquences du refus à un autre, et même, de conférer un droit de

²⁰²⁵ V. à propos de cette règle : *supra* n° 478.

²⁰²⁶ V. *supra* n° 139.

²⁰²⁷ C. com., art. L. 228-24, al. 2. V. *supra* n° 489.

²⁰²⁸ V. *supra* n° 437.

veto à l'un sur la décision de l'autre²⁰²⁹.

530. *De lege feranda.* De ces propos se déduit la constatation plus générale selon laquelle, la mise en œuvre interne de la procédure d'agrément laisse une certaine liberté aux statuts pour l'aménager. Cette marge de liberté s'arrête toutefois dès lors que ces aménagements heurtent la finalité de ce formalisme, lequel protège à la fois la société, le cédant, et son ayant droit. Il s'agit là d'une expression de l'ordre public sociétaire de protection. Si un intérêt l'emporte sur un autre, par le biais de la substitution d'une formalité à celle requise par la loi, alors cet aménagement sera jugé illicite, quand bien même l'ensemble des protagonistes serait d'accord sur son principe. La loi tend ainsi à protéger non seulement ces personnes contre un engagement pris à la légère, en leur donnant le temps de s'informer et de réfléchir à l'opération, mais aussi, contre l'insécurité juridique que créerait une éventuelle remise en cause de cet acte. Par exemple, la participation des associés ou du représentant de la société à l'acte de cession, plutôt que de respecter chronologiquement les étapes de la procédure, contreviendrait non seulement à la protection offerte par la notification, mais également aux modalités d'adoption de la décision. Il est possible d'imaginer sur ce point qu'un gérant engage la société dans un tel acte, alors que le pouvoir d'agréer ne lui a pas été délégué. L'intérêt social serait alors méconnu. En outre, l'associé cédant et son cessionnaire ne seraient plus protégés par le délai d'exécution de la procédure d'agrément. Le cas échéant, si un vice était excipé de l'acte en question, l'ensemble des protagonistes se retrouverait dans la même situation qu'antérieurement à sa conclusion ; l'opportunité de la cession serait alors perdue. En revanche, tel n'est pas le cas si le déroulement légal de la procédure d'agrément est respecté, spécialement en présence d'un refus ; la société étant alors obligée d'acquiescer les droits du cédant pendant un délai d'exécution précis.

3. Unifier et préciser le délai d'exécution.

531. Plan. En droit positif, le délai pour exécuter l'obligation de rachat vaut, quel que soit le fait générateur à l'origine du refus d'agrément, sauf toutefois, en présence d'un nantissement pour lequel le rachat doit avoir lieu dans un bref délai²⁰³⁰. Dans les autres hypothèses, il est possible de l'unifier (a) et de le préciser (b).

²⁰²⁹ V. *supra* n° 360, n° 379, n° 436 (droit prospectif).

²⁰³⁰ V. *supra* n° 495 et n° 496.

a. Un délai unifié.

532. Trois mois à compter de la notification du refus, prorogeable judiciairement jusqu'à trois mois supplémentaires. Celui-ci n'est actuellement mentionné que dans les textes de la SARL et du droit commun des sociétés par actions. D'une durée de trois mois à compter de la notification du refus, il est prorogeable à la suite de la formulation d'une demande judiciaire, contrairement au délai consécutif à la demande d'agrément. Le texte de la SARL précise, toutefois, que le délai prorogé judiciairement ne peut excéder six mois. Ce délai est tout à fait rationnel, tant à l'égard de la société que du cédant. Certes, il pourrait être reproché sa brièveté pour permettre à la société de s'organiser. Cependant, il ne doit pas non plus être trop long au risque de priver d'effet la sanction de l'agrément tacite²⁰³¹. De plus, poser une limite maximale à l'éventualité d'une prorogation confère une certaine prévisibilité au cédant et au cessionnaire quant à l'avenir de leur projet²⁰³². En outre, la jurisprudence a apporté d'utiles précisions à propos de ces textes, offrant à chaque protagoniste une plus grande sécurité dans la mise en œuvre du dispositif.

b. Un délai précisé.

533. Des précisions favorables tant à la société qu'à l'associé cédant. En faveur de la société, la jurisprudence a jugé que le délai pour décider des suites du refus d'agrément pouvait être prorogé immédiatement après sa notification²⁰³³. Tandis que, favorablement au cédant, elle a décidé en présence d'une société commerciale que cette dernière devait effectivement exécuter son obligation de rachat, et non pas seulement formuler une offre pendant le délai consécutif à la notification du refus ; son expiration ne s'analysant pas comme un terme assortissant cette obligation. En outre, l'acquisition des droits doit être totale ; le versement d'un acompte ne saurait suffire pour que l'exécution de l'obligation soit considérée comme satisfaisante²⁰³⁴. *De lege feranda*, ces précisions nécessiteraient d'être consacrées car elles protègent les parties à la procédure d'agrément, à l'instar de la notification de l'alternative choisie par la société pour exécuter son obligation de rachat.

²⁰³¹ *Comp.* les possibilités offertes à la société civile, v. *supra* n° 492-2.

²⁰³² Pour le texte proposé, v. *infra* annexe.

²⁰³³ V. *supra* n° 498.

²⁰³⁴ V. *supra* n° 499.

4. Créer une obligation de notifier l'alternative choisie.

534. La consécration d'une nouvelle notification. En droit positif, seul l'article 1862, alinéa 3 du Code civil, oblige la société civile à notifier « le nom du ou des acquéreurs proposés, associés ou tiers, ou l'offre de rachat par la société, ainsi que le prix offert ». Or cette obligation devrait exister pour toutes les sociétés ; elle est un gage de sécurité juridique à un double titre : elle prévient non seulement les contestations liées à l'écoulement du délai consécutif au refus, mais aussi d'éventuels désaccords avec le cédant.

S'agissant des formalités requises pour sa réalisation, un parallélisme des formes sera préconisé par rapport aux précédentes notifications, soit une signification par un acte extrajudiciaire ou une lettre recommandée avec une demande d' accusé de réception. Cette notification n'a toutefois qu'une valeur informative et préventive. Son inexécution ne comporterait pas de sanction propre, hormis le risque de se voir opposer l'agrément tacite. En dépit de cela, sa réalisation ne serait pas superficielle, car l'obligation de rachat ne peut être exécutée si le cédant n'est pas d'accord sur ses modalités d'exécution. Néanmoins, afin de ne pas piéger la société par le silence du cédant, dont le dessein serait d'attendre l'expiration du délai, il pourrait être imaginé de mettre à sa charge une obligation de répondre expressément à cette proposition, pendant ce délai. Une sanction efficace consisterait alors à le priver du bénéfice de l'agrément tacite. Ainsi serait-il obligé de prendre parti et de faire part de ses éventuels désaccords, spécialement sur le prix proposé²⁰³⁵.

B. Mieux appréhender les désaccords entre la société et l'associé cédant.

535. Plan. Ces désaccords s'expriment de deux façons : par le recours au tiers estimateur de l'article 1843-4 du Code civil (1) et par la renonciation du cédant à l'opération projetée (2).

1. Le désaccord sur le prix de rachat.

536. Plan. Afin d'améliorer l'efficacité du recours fondé sur l'article 1843-4 du Code civil, il peut être proposé de préciser son domaine et sa valeur (a), ainsi que le partage des frais suscités (b).

²⁰³⁵ À la suite du précédent texte proposé, il pourrait être ajouté : « **Lorsqu'une proposition lui est adressée, le cédant doit y répondre avant l'expiration du délai, sous peine de ne pas bénéficier de l'agrément tacite de son cessionnaire.** »

Pour la proposition complète, v. *infra* annexe.

a. Préciser le domaine et la valeur du recours à l'expertise en cas de refus d'agrément.

537. Plan. Ces propos ne valent que dans l'hypothèse d'un projet de cession entre vifs pour lequel seule une contestation est possible. Au contraire, cette faculté n'est pas permise dans le cadre de la détermination du montant de l'indemnisation des héritiers refusés. Les spécificités présentées par cette hypothèse nécessitent dès lors d'être isolées²⁰³⁶. Cette précision étant faite, le domaine (α) et la valeur du recours à l'expertise (β) peuvent être abordés, *de lege feranda*.

a. Unifier le domaine du recours à l'expertise de l'article 1843-4 du Code civil.

538. Si le texte de loi imposant le rachat y fait référence, et en cas de désaccord sur le prix d'un projet de cession entre vifs. Une disposition similaire à celle existante en droit luxembourgeois couperait court aux polémiques liées à l'article 1843-4 du Code civil : l'article 189 de sa loi du 10 août 1915 impose le calcul du prix de rachat des droits sociaux sur la base du bilan moyen des trois dernières années²⁰³⁷. Toutefois, il est peu probable qu'une solution aussi radicale soit adoptée par le droit français ; ce dernier attribuant une mission protectrice à cet expert.

S'agissant du rachat consécutif à un refus d'agrément, le droit positif n'est pas tout à fait unitaire²⁰³⁸. Afin de le devenir, cette référence textuelle ne devrait plus être contenue dans différents textes propres à chaque société, mais dans un seul de nature réglementaire, encadrant la procédure d'agrément pour l'ensemble des structures sociétaires. À cet égard, un problème de compatibilité avec le nouveau champ d'application de l'article 1843-4 risquerait néanmoins de se poser : celui-ci ne s'applique que sur renvois légaux et non réglementaires. Il est toutefois possible d'imaginer que la jurisprudence interprète largement la lettre du texte au sens de toutes normes régaliennes, car il serait contraire à la *ratio legis* de l'agrément d'exclure sur ce fondement littéral, les hypothèses de rachat consécutives à un refus d'agrément²⁰³⁹.

De plus, afin de ne pas ajouter un élément de discussion quant au régime de l'article 1843-4, la mention d'un « défaut d'accord » serait préférée à celle d'une « contestation » pour compléter le

²⁰³⁶ V. *infra* n° 552.

²⁰³⁷ L. du 10 août 1915, luxembourgeoise, art. 189, al. 6 et 7 : « Le prix de rachat des parts sociales se calcule sur la base du bilan moyen des trois dernières années et, si la société ne compte pas trois exercices, sur la base du bilan de la dernière ou de ceux des deux dernières années ».

²⁰³⁸ Par sa formulation, la législation de la SARL est à cet égard problématique car elle impose, sans contestation préalable, le recours à l'expert à l'instar des suites du refus d'agrément des héritiers (v. *supra* n° 504).

²⁰³⁹ *Adde* à propos de la question de savoir si le texte est applicable, non pas seulement en vertu des renvois légaux, mais aussi, en vertu d'une référence expresse faite par les clauses contractuelles : COURET (A.) et REYGROBELLET (A), « La disponibilité de l'article 1843-4 du Code civil », *D.* 2014, p. 2005.

texte de droit commun proposé²⁰⁴⁰, conformément d'ailleurs à la rédaction majoritaire des textes actuels. Ainsi, consécutivement à un refus d'agrément, la mission de l'expert resterait précisément de fixer le prix, et non de donner un avis sur celui-ci²⁰⁴¹. À cette fin, la valeur juridique du recours à l'expertise nécessiterait d'être précisée, en raison de l'incompatibilité existant actuellement entre sa force obligatoire, et l'éventualité de l'exercice d'un droit de repentir à tout moment par le cédant.

β. Déterminer la valeur juridique du recours à l'expertise.

539. Redonner sa force obligatoire à la décision de l'expert. Traditionnellement, il est admis que son recours a pour conséquence de sceller le rachat des droits sociaux du cédant, par la société ou un autre acquéreur. En effet, jusque-là, toutes les conditions requises pour former le contrat de vente sont réunies, à l'exception toutefois de son prix²⁰⁴². Or, puisqu'à l'issue de l'expertise un prix sera déterminé et imposé aux parties, la seule désignation de ce tiers achève la formation de la convention, à la condition néanmoins que sa décision soit rendue pendant le délai du rachat²⁰⁴³. En l'absence de toute réserve des parties sur son estimation, le prix devient donc déterminable²⁰⁴⁴, et le contrat de vente conclu.

Cette analyse classique est remise en cause à l'égard des sociétés par actions²⁰⁴⁵ et, semble-t-il, par un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation ayant décidé que la désignation de l'expert ne parvenait pas la vente²⁰⁴⁶. La portée de cette solution demeure cependant incertaine²⁰⁴⁷. Accorder l'importance d'un arrêt de principe à cette solution aurait non seulement pour conséquence de la généraliser à toutes les sociétés, mais également de remettre en cause l'autorité de la décision de l'expert²⁰⁴⁸. Autrement dit, sa désignation aurait dorénavant pour

²⁰⁴⁰ Pour une critique de l'usage du mot « contestation », v. *supra* n° 504.

²⁰⁴¹ Le texte de la proposition pourrait être rédigé de la sorte : « **En cas de désaccord sur le prix, celui-ci est fixé conformément aux dispositions de l'article 1843-4 du Code civil.** » Pour la proposition complète, v. *infra* annexe.

²⁰⁴² C. civ., art. 1582 : « La vente est la convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer ».

²⁰⁴³ V. *supra* n° 507.

²⁰⁴⁴ C. civ., art. 1163.

²⁰⁴⁵ C. com., art. L. 228-24, al. 2.

²⁰⁴⁶ Cass. com., 8 avril 2008, n° 06-18.362, Société Lamy c/ Société Séché environnement, *Bull. Joly Sociétés* 2008, p. 585, note (D.) PORACCHIA. Pour davantage de références.

²⁰⁴⁷ Sa lecture nécessite d'être rapprochée de la possibilité accordée par l'ordonnance du 24 juin 2004 à l'actionnaire de renoncer « à tout moment » à la cession, consécutivement au refus d'agrément de son cessionnaire. Or en l'espèce, était précisément en cause l'application de l'article L. 228-24 du Code de commerce. Dès lors, en l'absence de confirmation, il est difficile de savoir si cette solution est isolée et uniquement justifiée par la spécificité du droit applicable aux sociétés par actions, ou s'il s'agit d'un arrêt de principe. Pour plus de détails, v. *supra* n° 514.

²⁰⁴⁸ V. notamment à ce propos : MOURY (J.), « Des ventes et des cessions de droits sociaux à dire de tiers (étude des articles 1592 et 1843-4 du code civil) », *Rev. sociétés* 1997, p. 455 ; - , « Jeux d'ombres sur la détermination du prix par les tiers estimateurs des articles 1592 et 1843-4 du Code civil », *Rev. sociétés* 2005, p. 513.

finalité de donner un simple avis sur le prix aux parties, ce qui est déjà le cas en présence d'actions. Pour deux raisons, il semble pourtant nécessaire que cette règle ne soit ni confirmée, ni étendue en dehors du cadre de l'article L. 228-24 du Code de commerce.

- D'une part, la possibilité pour le cédant de renoncer à son projet est une solution spécifiquement liée au contexte du refus d'agrément : le cédant dispose d'un droit de retrait, par nature potestatif²⁰⁴⁹. Or il serait dangereux qu'une institution de droit spécial dicte son régime à une institution de droit commun. En effet, l'article 1843-4 du Code civil n'a pas vocation à s'appliquer uniquement en cas de refus d'agrément.

- Et, d'autre part, une telle solution serait simplement contraire à la *ratio legis* de l'article 1843-4 du Code civil. Celui-ci se voulait être un mécanisme de déblocage entre la société et le cédant afin que celui-ci puisse quitter la société, sans subir son arbitraire. À cet égard, il pourrait certes être objecté que cette estimation a aussi pour objectif que ce dernier ne soit pas lésé par le prix proposé par la société. Mais dans l'esprit du législateur de 1966, il ne s'agissait en aucun cas de délivrer une simple information, voire d'encourager la spéculation du cédant. Si celui-ci hésite à rester dans la société, alors il lui appartient de faire état de ses réserves, préalablement, afin de conditionner la force obligatoire de la décision de l'expert. L'exercice de cette réserve ne permettant pas de sortir du conflit existant à propos de l'exécution du rachat ; il faudrait le considérer comme équivalent à une renonciation à quitter la société. En effet, le délai de l'agrément tacite continuant, en outre, de s'écouler, ses tergiversations (qu'elles soient légitimes ou non) risqueraient, *in fine*, de sanctionner la société.

Par conséquent, le problème de la valeur du recours à l'expertise ne doit pas être résolu sur le terrain du droit spécial des sociétés, mais sur celui du droit commun. La valeur initiale que la loi lui accordait nécessite d'être conservée, conformément au droit de la vente : celle de la conclusion effective du contrat de cession, en raison de la détermination de son prix par l'expert, sauf réserves expresses du cédant quant à l'impact de cette décision sur la future cession²⁰⁵⁰. Hormis cette hypothèse s'analysant alors comme une condition de la formation de la cession, ce recours risque néanmoins d'être privé d'efficacité en présence d'une clause d'évaluation ; celle-ci

²⁰⁴⁹ V. *supra* n° 513-1.

²⁰⁵⁰ Le texte de la proposition pourrait être rédigé de la façon suivante : « **En cas de désaccord sur le prix, celui-ci est fixé conformément aux dispositions de l'article 1843-4 du Code civil. L'associé cédant peut toutefois exprimer, avant la désignation de l'expert, des réserves sur la portée de sa décision. En cas d'exercice de ces réserves, il est réputé avoir renoncé à quitter la société** ». Pour la proposition complète, v. *infra* annexe.

s'imposant dorénavant au tiers estimateur, que sa mise en œuvre soit juste ou non vis-à-vis du cédant²⁰⁵¹.

Adopter cette opinion médiane imposerait, par conséquent, une modification du régime dudit « droit de repentir »²⁰⁵². Mais avant d'aborder ce point, un dernier élément du recours à l'expertise nécessiterait d'être unifié, *de lege feranda*.

b. Partager la charge des frais d'expertise.

540. Un partage des frais entre le cédant et la société. La loi n'y consacre une solution qu'à l'égard de la SARL. L'ordonnance du 25 mars 2004 a ainsi contredit la position jurisprudentielle en mettant à la charge exclusive de la société les frais d'expertise. Or, pourtant, leur partage semblerait plus équitable.

En effet, la procédure d'agrément vise à protéger les intérêts antagonistes de la société et de son associé cédant. Si le dispositif du rachat protège spécialement le droit de ce dernier de quitter la société, celui-ci ne doit pas non plus jouir d'une trop grande faveur, l'autorisant à en abuser au détriment de la première. Ainsi peut-il être imaginé qu'il conteste habilement le prix proposé, sachant qu'il ne supporte pas les frais de ce recours, et que les conséquences de l'écoulement du délai lui seront favorables. Certes, il fut jugé qu'une saisine tardive de l'expert constituait une manœuvre dilatoire²⁰⁵³, mais un partage des frais pourrait, semble-t-il, davantage le décourager de contester trop légèrement le prix proposé, d'autant plus s'il existe une clause d'évaluation, celle-ci étant dorénavant contraignante à l'égard de l'expert²⁰⁵⁴. Il ne semble pas, en outre, que la société dispose d'un droit de refuser l'expertise car elle est tenue, en vertu de la loi, d'un engagement ferme de racheter les droits sociaux²⁰⁵⁵. Le cas échéant, la situation serait bloquée, la société n'aurait d'autre choix que d'attendre l'écoulement du délai.

C'est pourquoi il semblerait juste de consacrer un partage égal de ces frais et de le généraliser à l'ensemble des sociétés²⁰⁵⁶. Une généralisation de la renonciation du cédant serait également requise, dans la lignée de l'extension préalable du dispositif du rachat, à toutes les sociétés.

²⁰⁵¹ V. *supra* n° 503.

²⁰⁵² V. *infra* n° 544.

²⁰⁵³ V. *supra* n° 505.

²⁰⁵⁴ V. *supra* n° 503.

²⁰⁵⁵ *Comp.* pour l'admission d'une telle faculté au profit de l'acquéreur, v. *supra* n° 510.

²⁰⁵⁶ Le texte de la proposition pourrait être formulée de la façon suivante : « **Les frais d'expertise sont partagés entre la société et le cédant** ». Pour la proposition complète, v. *infra* annexe.

2. La renonciation du cédant au transfert de ses droits sociaux.

541. Plan. Cette faculté à l'usage du cédant nécessite d'être mieux encadrée : sur le fond, son exercice doit être précisé et généralisé à l'ensemble des types sociétaires (a), tandis que sur la forme, il doit être sécurisé (b).

a. Généraliser et préciser la renonciation du cédant.

542. Plan. Sur le fond, la proposition consistera non seulement à généraliser le droit de repentir (α), mais aussi à préciser le moment de son exercice (β).

a. Généraliser le droit de renoncer au projet de transfert du cédant.

543. Une faculté de renoncer au droit de retrait institué par la loi à travers le rachat. Consacrée par la jurisprudence, cette faculté a pour objectif de protéger le cédant contre une cession qui ne serait pas réalisée dans des conditions permettant à son consentement d'être éclairé. Mais pas seulement. Il le protège également d'un rachat qui prendrait en réalité la forme d'une exclusion, sans que son principe n'ait été préalablement accepté. Dès lors, sa présence a pour conséquence de transformer un droit de préemption au profit de la société, en un droit de retrait au profit du cédant, car la décision de sortir de la société lui appartient *in fine*. De la sorte, il bénéficie d'un droit de résilier unilatéralement son engagement sociétaire, sans pour autant remettre en cause la pérennité de la société²⁰⁵⁷. *De lege feranda*, ce droit s'appliquerait à toutes les sociétés pour lesquelles le dispositif du rachat a été étendu, dont la SNC et les sociétés en commandite²⁰⁵⁸. Reste toutefois à préciser le moment de son exercice.

β . Préciser le moment de l'exercice de la renonciation par le cédant.

544. Supprimer l'exercice « à tout moment » de la renonciation. Le dispositif de l'agrément, et plus spécialement, l'encadrement des suites de son refus, constitue un ensemble de règles complexes, dont l'équilibre repose sur un fragile consensus entre les intérêts de la société et ceux de son associé cédant. Or lui accorder la faculté de renoncer à la cession, à tout moment, ébranle une partie de l'édifice légal. Cette possibilité n'est admise actuellement que pour les

²⁰⁵⁷ Pour plus de précisions à propos de ce droit, v. *supra* n° 520.

²⁰⁵⁸ Le texte du nouveau dispositif pourrait être le suivant : « **L'associé cédant peut aussi renoncer au bénéfice du rachat de ses droits sociaux et conserver la qualité d'associé** ». Pour la proposition complète, v. *infra* (annexe).

sociétés par actions, mais avec un risque d'élargissement à la SARL²⁰⁵⁹ et à la société civile²⁰⁶⁰, pour lesquelles le moment de son exercice n'est pas précisé par la loi. Un tel élargissement n'est toutefois pas souhaitable.

Remettre en cause la force obligatoire de la décision de l'expert aboutit corrélativement à nier sa finalité. Or celle-ci consistait à sortir la société et le cédant du blocage dans lequel ils se trouvaient, et cela afin que l'un puisse préserver la composition de son sociétariat, et que l'autre puisse céder ses droits sociaux. Au final, ni l'intérêt de l'un, ni celui de l'autre ne sont respectés par cette renonciation à tout moment. D'après une vision certes pessimiste de leur situation, le cédant, dont les intentions spéculatives sont ainsi encouragées, ne retrouvera peut-être pas une autre opportunité de céder ses droits. Tandis que la société supporte un associé qui n'éprouve sans doute plus d'intérêt à son association (la fameuse perte de l'*affectio societatis*²⁰⁶¹) voire, un associé qui risque de ne plus s'entendre avec les autres à cause des suites du refus d'agrément. Il n'est pas certain que l'intérêt social soit de la sorte préservé. Même s'il est possible de croire aux bonnes relations entre la société et son associé, la désapprobation *de lege feranda* de ce droit de repentir à tout moment présenterait l'avantage de confronter l'associé cédant à son choix de quitter la société. Trois possibilités s'offriraient alors à lui :

- Soit il persiste dans sa volonté de partir, et il serait tenu d'accepter la décision de l'expert comme la plus juste estimation de ses droits.

- Soit il renonce à la cession et resterait alors dans la société.

- Soit il accepte le recours à l'expert, mais émet des réserves préalables sur son acceptation de la décision. Ce dernier choix n'est sans doute pas le meilleur pour sortir du dispositif du rachat, mais il permettrait de respecter l'institution de l'article 1843-4 du Code civil ; les réserves émises pouvant s'analyser comme une condition assortissant l'efficacité de la décision de l'expert.

Pour l'ensemble de ces raisons, le droit de repentir du cédant serait généralisé à tous les types sociétaires, mais son exercice ne serait plus permis postérieurement à la désignation du tiers estimateur²⁰⁶². Afin de sécuriser cette renonciation, la notifier serait utile.

²⁰⁵⁹ C. com., art. L. 223-14, al. 3.

²⁰⁶⁰ C. civ., art. 1862, al. 3.

²⁰⁶¹ Cass. 3^{ème} civ., 11 février 2014, n° 13-11.197 (F-D), G. de la Martinière c/ R., *Rev. sociétés* 2014, p. 449, note (E.) NAUDIN : « Le divorce d'un associé, qui n'occupe plus le logement et ne perçoit aucun revenu de la société, met à jour un juste motif de retrait au sens de l'article 1869 du Code civil. Il n'est pas nécessaire de constater que la mésentente entre associés entraîne le dysfonctionnement de la société ». Dans son commentaire, l'auteur souligne une remarque du professeur Viandier selon laquelle la notion de cause aurait pu être utilisée à la place de celle d'*affectio societatis* (VIANDIER (A.), note sous Cass. 3^{ème} civ., 20 mars 2013, *JCP E* 2013, 1243). Cette remarque est tout à fait pertinente. Le but de l'engagement d'un associé ne réside-t-elle pas dans la participation aux résultats de l'activité sociale ?

²⁰⁶² Le texte précédent pourrait être complété de la façon suivante : « **Il peut aussi renoncer au bénéfice du rachat de ses droits sociaux et conserver la qualité d'associé. Cette faculté ne peut toutefois être exercée après un recours formulé sur le fondement de l'article 1843-4 du Code civil.** »

b. Sécuriser l'exercice de la renonciation du cédant.

545. La consécration d'une nouvelle notification. Seul le décret d'application relatif à la société civile préconise la notification de la renonciation du cédant, à la société. Sa preuve n'est pourtant pas inutile, spécialement à l'égard de cette dernière pour qui le délai de l'agrément tacite est alors interrompu²⁰⁶³. Mais cette notification présente également une utilité pour le cédant auquel il ne peut être, de la sorte, imposé un rachat forcé. En vertu du parallélisme des formes préconisées entre l'ensemble des notifications, celle-ci pourrait être signifiée par un acte extrajudiciaire ou une lettre recommandée avec une demande d'accusé de réception²⁰⁶⁴.

Cette mention conclurait le formalisme de la procédure d'agrément commun à l'ensemble des sociétés. Toutefois, des spécificités liées à certains faits générateurs ont été écartées en raison de leur irréductibilité. Celles-ci nécessitent à présent d'y être intégrées, tout en conservant une place à part²⁰⁶⁵.

§ II. Maintenir certaines spécificités.

546. Plan. Dégager le principe d'un agrément applicable obligatoirement, à toutes les sociétés, a permis d'uniformiser son régime. Cependant, certaines règles résistent à cette unification, spécialement en présence d'un refus d'agrément. Celles-ci peuvent néanmoins être rassemblées au regard de leur finalité, laquelle a trait à la réalisation de certains faits générateurs : le nantissement (I) et la transmission des droits sociaux (II).

I. Des spécificités liées au nantissement des droits sociaux.

547. La liberté de définir un prix différent que celui issu de l'adjudication. Un prix étant fixé à l'issue de l'adjudication, celui-ci s'impose-t-il à la société désireuse de racheter les droits sociaux ? En théorie, la solution du droit commun devrait s'appliquer, à savoir, le droit pour les parties de ne pas être d'accord sur le prix. Dès lors, si elles consentent à formuler un recours sur le fondement de l'article 1843-4 du Code civil, le prix pourrait de la sorte être fixé. Mais en pratique, la fixation d'un prix différent que celui issu des enchères semble toutefois

²⁰⁶³ À propos de ce délai, v. *supra* n° 490, et à propos de l'agrément tacite, v. *infra* n° 602.

²⁰⁶⁴ Un dernier alinéa pourrait comporter la mention suivante : « **Cette renonciation doit être notifiée à la société par un acte extrajudiciaire ou une lettre recommandée avec une demande d'avis de réception.** »

²⁰⁶⁵ Pour la formulation générale de la proposition, v. *infra* annexe.

illusoire²⁰⁶⁶. Cette question du prix de rachat présente aussi certaines spécificités, en présence des transmissions de droits sociaux.

II. Des spécificités liées aux transmissions des droits sociaux.

548. Plan. En raison de la transmission du patrimoine réalisée par l'effet du décès, les règles consécutives au refus d'agrément des ayants droit ne peuvent être identiques à celles applicables à l'associé cédant. Elles présentent notamment des spécificités eu égard aux modalités de leur indemnisation (B). Par ailleurs, le vide juridique existant à propos des opérations de restructuration oblige à assimiler leurs effets à ceux produits par le décès d'un associé, avec toutefois, une dimension sanctionnatrice, puisque cette situation résulte d'un acte de volonté et non d'un fait juridique, contrevenant ainsi à l'obligation de notifier une demande d'agrément préalablement à sa réalisation (A).

A. Transposer le sort de l'ayant droit d'un associé décédé à celui du bénéficiaire d'une opération de restructuration.

549. Une solution pragmatique, spécialement lorsque l'opération est réalisée avant la demande d'agrément. Lors de l'élaboration de la législation, la possibilité qu'une personne morale associée soit dissoute fut totalement ignorée. Pourtant, cette situation suscite d'importantes questions lorsqu'elle procède d'une opération de restructuration, d'autant plus que sa réalisation avant la notification de la demande d'agrément lui fait courir le risque d'être annulée²⁰⁶⁷. Or, en pratique, l'anéantissement rétroactif de la transmission universelle déjà réalisée est impossible en raison de la dissolution de l'associée absorbée.

À des fins de compromis entre l'intérêt de la société et celui de l'absorbante, la jurisprudence applique de façon dévoyée le dispositif du rachat, à la fois au profit et contre cette dernière, lorsqu'elle lui interdit de formuler une demande d'agrément tardive²⁰⁶⁸.

Parallèlement, à l'égard de la société, seule la dissolution de son associée lui est opposable, à l'instar du décès d'un associé - personne physique, sans que ne se pose, toutefois, la question de

²⁰⁶⁶ V. *supra* n° 477.

Le texte de la proposition pourrait toutefois mentionné que : « **L'offre d'acquérir peut être faite à un prix différent que celui issu de l'adjudication. À défaut d'accord sur ce prix, celui-ci est fixé conformément aux dispositions de l'article 1843-4 du Code civil** ». Pour la proposition complète, v. *infra* annexe.

²⁰⁶⁷ V. *supra* n° 488.

²⁰⁶⁸ La finalité de ce mécanisme est certes dévoyée, mais il permet de la sorte de sanctionner la société tierce par l'inopposabilité de sa demande d'agrément et, ainsi, de préserver l'*intuitu personae* de la société concernée. Pour plus de précisions à propos des sanctions de la procédure d'agrément, v. *infra* n° 558.

l'agrément de ses ayants droit. De plus, les apports reçus de l'associée disparue ayant perdu leur raison d'être, la société doit indemniser de leur valeur, l'ayant droit issu de l'opération de restructuration. Le cas échéant, il en résulterait un enrichissement injustifié à son profit²⁰⁶⁹. Mais, favorablement à ces deux intérêts antagonistes, les règles objectives encadrant la détermination de la valeur des droits sociaux à la suite du décès pourraient lui être transposées.

B. L'indemnisation des ayants droit refusés.

550. Plan. Ces modalités d'indemnisation nécessitent d'être généralisées (1) et précisées (2).

1. Généraliser le dispositif légal organisant le sort des ayants droit refusés.

551. Le droit d'être indemnisé de la valeur des droits sociaux fixée conformément à l'article 1843-4 du Code civil. L'existence d'une procédure d'indemnisation des droits hérités par dévolution successorale est inégale d'un type sociétaire à un autre. Si elle existe pour les sociétés de personnes et la SARL, son contenu est toutefois plus ou moins précis pour chacune d'elles. Le dispositif existant pour la société civile, tel que précisé par la jurisprudence, est le plus complet quant au principe de l'indemnisation des ayants droit du *de cuius*, mais également, quant à la mention de ses débiteurs : les nouveaux titulaires des parts ou la société²⁰⁷⁰.

En revanche, les textes s'accordent sur le même procédé d'évaluation : « La valeur de ces droits sociaux est déterminée au jour du décès dans les conditions prévues à l'article 1843-4 »²⁰⁷¹. Il s'en déduit que l'existence d'une contestation préalable n'est pas requise ; ce recours est donc impératif²⁰⁷². Ce caractère est tout à fait justifié car les ayants droit sont étrangers à la société, ils ne sont donc pas sur un pied d'égalité avec les associés restants pour négocier la valeur des droits sociaux. Toutefois, en vertu de la nouvelle formulation de l'article 1843-4, il n'est pas certain que le tiers estimateur puisse exercer son office en présence d'une clause d'évaluation, quand bien même son application serait défavorable aux ayants droit²⁰⁷³.

²⁰⁶⁹ Pour plus de précisions, v. *infra* n° 578.

Le texte proposé pourrait contenir la règle suivante : « **Lorsqu'une opération de restructuration à laquelle un associé était partie fut réalisée sans notification préalable d'une demande d'agrément, la demande ultérieure est inopposable à la société. Le dispositif du rachat applicable en cas de succession est néanmoins transposable.** »

Plus généralement, il pourrait même être envisagé d'étendre cette disposition toutes les fois qu'une personne morale associée est dissoute tel que, par exemple, à la suite d'une procédure collective.

²⁰⁷⁰ C. civ., art. 1870-1, al. 1.

²⁰⁷¹ C. civ., art. 1870-1, al. 2.

²⁰⁷² V. à propos du domaine de ce recours : *supra* n° 504.

²⁰⁷³ V. à ce sujet, *supra* n° 503.

Au contraire, ce dispositif est logiquement inexistant pour les sociétés par actions ; le droit positif leur interdisant de stipuler des clauses d'agrément visant ce fait générateur²⁰⁷⁴. *De lege feranda*, la proposition faite d'un agrément applicable obligatoirement, à toutes les sociétés, impliquerait corrélativement qu'il leur soit étendu : il serait en effet dangereux que les ayants droit refusés sur ce fondement soient exclus du bénéfice de cette indemnisation. La valeur des droits sociaux serait ainsi payée par la société ou ses nouveaux titulaires, après avoir été préalablement déterminée dans les conditions prévues à l'article 1843-4, au jour du décès de l'associé²⁰⁷⁵.

2. Préciser le jour de la détermination de la valeur des droits sociaux.

552. Le jour du décès de la personne physique associée, ou le jour de la dissolution de la personne morale associée. Le droit positif précise cette règle pour les sociétés de personnes et la SARL. Cependant, ce principe légal est toujours susceptible de subir une exception lorsque le contrat de mariage du *de cuius* comporte une clause permettant l'attribution des droits sociaux à son conjoint survivant ; ces derniers sont alors évalués au jour de l'exercice de la faculté de prélèvement²⁰⁷⁶. Cette exception conserverait sa place au sein du Code civil, tandis que le principe, en présence d'un refus d'agrément, serait repris à l'égard de l'ensemble des types sociétaires, avec une extension à la dissolution de l'associé - personne morale. Dès lors, l'évaluation des droits sociaux serait réalisée soit le jour du décès de l'associé, soit le jour de la dissolution de la personne morale associée²⁰⁷⁷.

Conclusion Section II. Des règles spéciales plus intelligibles *de lege feranda*.

553. En droit positif, la législation de l'agrément forme un magma inextricable de règles déterminées au cas par cas, pour chaque société, d'après une distinction approximative entre les supposées sociétés de personnes et leurs opposées, les sociétés de capitaux. Or, l'application du régime de l'agrément suscite un fort contentieux dont la cause fut mise en évidence : un

²⁰⁷⁴ Le champ d'application de cette interdiction est néanmoins discuté à l'égard de la SAS et de la société européenne (v. *supra* n° 120).

²⁰⁷⁵ Le texte pourrait être le suivant : « **En présence d'une succession, les ayants droit qui ne deviennent pas associés ne peuvent prétendre qu'à la valeur des droits sociaux de leur auteur, fixée conformément à l'article 1843-4 du Code civil. Cette valeur doit leur être payée par les nouveaux titulaires des droits sociaux ou par la société.** »

²⁰⁷⁶ V. *supra* n° 487.

²⁰⁷⁷ Le texte précédemment proposé serait complété de la sorte : « En présence d'une succession, les ayants droit qui ne deviennent pas associés ne peuvent prétendre qu'à la valeur des droits sociaux de leur auteur, fixée conformément à l'article 1843-4 du Code civil, **au jour du décès de l'associé, ou au jour de sa dissolution s'il est une personne morale.** Cette valeur doit leur être payée par la société ou par les nouveaux titulaires des droits sociaux. »

Pour la proposition complète, v. *infra* annexe.

pointillisme excessif dans la rédaction des textes, générant lacunes et incohérences d'une forme sociale à une autre.

Afin de contrer l'insécurité juridique de la sorte suscitée, une démarche primordiale a été de regrouper ces règles en fonction de leur généralité ou de leur spécificité, tout en s'interrogeant sur la nécessité de maintenir ou de supprimer les disparités existantes. Mais au-delà de ce nécessaire exercice, une réflexion fondamentale en vue de simplifier la législation a consisté à s'interroger sur la finalité de chacune de ces règles, à commencer par l'agrément lui-même.

À cet égard, il a été souligné que cette modalité accompagnant le transfert des droits sociaux n'existait qu'en raison de l'*intuitu personae*, lequel n'a d'autre fondement que le contrat unissant les associés²⁰⁷⁸. Or, la constatation de la présence de l'agrément dans tous les types de société a permis de poser le postulat selon lequel un contrat *intuitu personae* était susceptible d'exister autant entre les associés qu'entre les actionnaires. Sur la base de ce contrat spécial, tel que le définissait le Code civil de 1804, il a été envisageable d'unifier le régime de l'agrément. De l'unification de son domaine, un pas fut essaimé franchi vers l'élaboration d'une procédure de droit commun. En gommant les disparités actuellement liées à son édicition au cas par cas, pour chaque société, et en maintenant les spécificités liées aux effets de certains faits générateurs, celle-ci serait plus intelligible. En outre, la synthèse des analyses réalisées sur chaque étape procédurale souligne qu'elle a deux fondements : le contrat entre les associés et l'ordre public de protection des intérêts présents lors de sa mise en œuvre²⁰⁷⁹. Le domaine de chacun de ces fondements se complète, mais ne doit pas pour autant empiéter l'un sur l'autre. De telles remarques sont naturellement transposables au dispositif du rachat.

554. Un dispositif rationalisé. Afin de rationaliser ses règles éparses, il a d'abord été procédé à leur uniformisation, avant de mettre en évidence certaines de leurs spécificités. L'élaboration d'un régime unique du dispositif du rachat a ainsi nécessité de s'interroger, dans un premier temps, sur son extension aux sociétés en étant jusque-là dépourvues : la SNC et la commandite simple. Or, l'analyse contractuelle a permis de souligner que la possibilité de céder les droits sociaux s'analysait comme un droit de résilier unilatéralement un contrat à durée indéterminée²⁰⁸⁰ ; l'impossibilité pour le cédant de faire racheter ses parts en cas de refus portait de la sorte indéniablement atteinte au principe de la prohibition des engagements perpétuels²⁰⁸¹.

²⁰⁷⁸ V. *supra* n° 161.

²⁰⁷⁹ V. *supra* n° 460.

²⁰⁸⁰ La durée de la société n'a pas d'incidence sur la qualification de contrat à durée indéterminée, sachant que cette durée peut être supérieure à la durée de la vie humaine.

²⁰⁸¹ V. *supra* n° 520.

Dans ces sociétés, la nouvelle obligation de rachat ne serait toutefois pas assortie de la sanction de l'agrément tacite, en raison du risque de voir entrer un cessionnaire refusé pour son insolvabilité²⁰⁸². Corrélativement, l'associé ne serait pas créancier de cette obligation, mais plutôt, titulaire d'un droit de retrait²⁰⁸³.

Dans un second temps, il a été envisagé de synthétiser les modalités d'exécution du rachat. L'observation préalable du droit positif a permis, à cet égard, de rassembler plus aisément l'ensemble des règles dispersées au sein des textes de chaque société²⁰⁸⁴. Il en résulte que les contours de l'objet de l'obligation²⁰⁸⁵, ainsi que son délai d'exécution seraient parfaitement précisés²⁰⁸⁶, *de lege feranda*. En revanche, d'autres exigences spéciales, devenues inutiles au regard du droit prospectif, seraient supprimées²⁰⁸⁷. Tandis qu'une exigence propre à la société civile serait généralisée : celle de notifier l'alternative choisie pour exécuter l'obligation de rachat²⁰⁸⁸.

Plus problématiques ont été les analyses faites, en droit positif, des hypothèses de désaccord entre la société et le cédant. La première concerne le prix de rachat proposé et la possibilité de le faire déterminer par un tiers expert. En vue d'unifier l'encadrement du recours à l'expertise, son domaine et la valeur de la décision rendue nécessitent d'être précisés, en droit prospectif. Ainsi, l'article 1843-4 du Code civil serait applicable à « défaut d'accord » sur le prix. Mais, une fois ce recours exercé, le cédant ne pourrait plus renoncer à son projet. Poser expressément cette interdiction est nécessaire pour contrer l'orientation du droit positif²⁰⁸⁹. En accordant une telle faculté au cédant, le législateur tolère non seulement une atteinte à la force obligatoire des contrats, mais il outrepassé également sa mission qui se limitait, en l'occurrence, à instituer un mécanisme de sortie du conflit existant sur le prix : de la sorte, l'expert ne détermine plus le prix, mais il donne un simple avis sur celui-ci ne permettant pas de sceller le rachat, sauf si le cédant

²⁰⁸² Pour plus de précisions à propos de cette sanction, v. *infra* n° 641 et s.

²⁰⁸³ V. *supra* n° 523.

²⁰⁸⁴ V. *supra* n° 470.

²⁰⁸⁵ L'objet de l'obligation de rachat est alternatif : soit la société procède au rachat des droits sociaux (v. *supra* n° 474), soit ils sont acquis par les associés ou des tiers (v. *supra* n° 475). Cette dualité se retrouve également en présence d'une transmission successorale (v. *supra* n° 483 et s.). S'agissant de cette acquisition, le droit prospectif reprendrait les termes de l'article 1862 du Code civil, ses dispositions étant les plus complètes. S'agissant de l'exécution du rachat, la possibilité d'obtenir un délai de paiement serait étendu à l'ensemble des sociétés, ainsi que la possibilité, pour les sociétés par actions, d'auto-détenir leurs titres (v. *supra* n° 531).

²⁰⁸⁶ Le délai de trois mois à compter de la notification du refus, prorogeable judiciairement jusqu'à trois mois serait généralisé (v. *supra* n° 493). Il serait également précisé que cette prorogation peut être demandée d'emblée (v. *supra* n° 498). Surtout, la jurisprudence exigeant une exécution, totale, de l'obligation pendant le délai serait consacrée, celle-ci garantissant l'efficacité de l'agrément tacite (v. *supra* n° 499). Par conséquent, le délai ne doit pas s'analyser comme un terme assortissant l'obligation de rachat (v. *infra* n° 604).

²⁰⁸⁷ V. *supra* n° 478 : la durée de détention des parts sociales de SARL pendant au moins deux ans serait supprimée, ainsi que l'exigence pour les sociétés par actions de la nomination d'un organe social différent pour statuer sur les conséquences du refus d'agrément (v. *supra* n° 489).

²⁰⁸⁸ V. *supra* n° 500.

²⁰⁸⁹ V. *supra* n° 508.

l'accepte. Dans le système prospectif, une solution médiane pourrait être instituée : il appartiendrait au contraire au cédant d'être diligent, et d'anticiper un éventuel désaccord sur le prix déterminé par l'expert, en manifestant antérieurement à l'exercice de son recours, la possibilité de ne pas l'accepter. Par conséquent, l'associé pourrait toujours renoncer à l'opération projetée mais avant de recourir à l'expert²⁰⁹⁰. Cette renonciation est plus généralement une seconde manifestation possible de désaccords de l'associé avec la société. Celle-ci serait étendue *de lege feranda* à toutes les sociétés, et la consécration d'une obligation de la notifier à la charge du cédant sécuriserait son exercice, afin que le délai de l'agrément tacite soit formellement interrompu²⁰⁹¹.

Ce délai est toutefois différent en présence d'un nantissement de droits sociaux, et n'existe pas en présence d'une transmission. Les effets dérogoires de ces faits générateurs sur le régime de l'obligation de rachat obligent à en faire une mention à part dans le système proposé, que ce soit, pour le premier, à propos de la détermination du prix de rachat²⁰⁹² ou, pour le second, à l'égard de la transposition du sort d'un héritier à celui du bénéficiaire d'une opération de restructuration. Cette assimilation éviterait de la sorte un dévoiement du dispositif du rachat, dans l'unique but d'indemniser ce dernier de la valeur des droits sociaux²⁰⁹³.

²⁰⁹⁰ V. *supra* n° 514-2.

²⁰⁹¹ V. *supra* n° 545.

²⁰⁹² V. *supra* n° 547.

²⁰⁹³ V. *supra* n° 550.

Conclusion Chapitre II.

Les règles spéciales du refus d'agrément.

555. Un dispositif légal à préciser et à généraliser. Ces règles procédurales sont spéciales car mises en œuvre dans une circonstance particulière, celle d'un refus d'agrément²⁰⁹⁴, et uniquement lorsque le droit pour l'associé de céder sa participation est remis en cause²⁰⁹⁵. Matériellement, elles sont d'ailleurs généralement inscrites dans un article différent de ceux propres aux règles générales, applicables à toute demande d'agrément²⁰⁹⁶. Toutefois, un tel dispositif n'existe pas pour l'ensemble des sociétés. Cette absence est problématique pour celles qui en sont dépourvues, alors contraintes d'y pallier par des aménagements statutaires dont la licéité est douteuse²⁰⁹⁷. Pourtant, retenir de la sorte l'associé dans la société est incongru au regard de la prohibition des engagements perpétuels²⁰⁹⁸.

Dans les autres types sociétaires, la loi a protégé le droit de l'associé de céder ses droits sociaux, en mettant à la charge de la société une obligation dont l'exécution est strictement encadrée ; cela afin que sa mise en œuvre n'équivaille pas à une expropriation pour cause d'utilité privée. En dépit de cette intention, ce processus reflète toujours une part de cette logique. En effet, la volonté de l'associé cédant ne peut influencer sur tous les éléments de formation de la nouvelle cession, et spécialement le choix de son cocontractant : l'objet de cette obligation consiste pour la société à racheter les droits sociaux du cédant ou, à les faire acquérir par les associés ou un tiers de son choix²⁰⁹⁹. Les associés peuvent toutefois aménager les modalités du rachat, sous réserve de proposer une offre valablement notifiée en présence d'une société civile²¹⁰⁰, ou d'effectivement exécuter le rachat en présence d'une société commerciale²¹⁰¹ mais, dans tous les cas, avant l'expiration du délai légal²¹⁰². De plus, depuis la réforme des sociétés commerciales réalisées par la loi du 24 juillet 1966, cette obligation de rachat ne se confond plus

²⁰⁹⁴ V. *supra* n° 462.

²⁰⁹⁵ V. *supra* n° 464.

²⁰⁹⁶ V. par exemples : C. civ., art. 1861 et s. ; C. com., art. L. 228-23 et s.

²⁰⁹⁷ V. *supra* n° 468 et s.

²⁰⁹⁸ C. civ., art. 1210.

²⁰⁹⁹ V. *supra* n° 474 et s.

²¹⁰⁰ V. *supra* n° 499.

²¹⁰¹ Le seul versement d'un acompte ne saurait satisfaire cette obligation V. la jurisprudence à ce propos, *supra* n° 499.

²¹⁰² V. *supra* n° 490 et s.

avec un droit de préemption puisque le cédant peut renoncer à la cession²¹⁰³. Néanmoins, le moment de l'exercice de cette renonciation diffère selon que les droits sociaux en cause sont des parts sociales ou des actions.

Ces remarques soulignent l'existence de disparités entre les sociétés, lesquelles s'expriment par le biais d'incohérences ou de lacunes, parfois comblées par la jurisprudence²¹⁰⁴. Mais comme pour le domaine de l'agrément et sa procédure générale, l'influence de l'*intuitu personae* sur le sociétariat de toutes les formes sociales suggère une piste utile de résolution de ces défauts : celle de l'uniformisation du dispositif de rachat. Ainsi a-t-il été proposé de l'étendre aux SNC et commandites, sans toutefois l'assortir de la sanction de l'agrément tacite ; ce dernier étant incompatible avec l'engagement solidaire des associés de ces sociétés²¹⁰⁵. Les modalités d'exécution de cette obligation requièrent également d'être synthétisées, en tenant compte des vertus correctrices d'une conception contractuelle de la société²¹⁰⁶, mais aussi, de la nécessité de maintenir²¹⁰⁷ ou d'écarter²¹⁰⁸ certaines règles actuelles, dans la lignée du droit prospectif suggéré. À l'instar des règles générales de la procédure d'agrément, il en résulterait l'élaboration d'un droit commun du dispositif du rachat et un droit spécial tenant aux effets dérogatoires de certains faits générateurs : le nantissement²¹⁰⁹ et la transmission successorale, à laquelle seraient assimilées les opérations de restructuration²¹¹⁰.

Si la systématisation de la sorte proposée apparaît complexe, cette complexité découle davantage de l'essence de ses règles, lesquelles ont vocation à protéger de façon égale deux intérêts antagonistes, que d'un empilement législatif comme il en existe en droit positif. Ces constatations invitent à une meilleure répartition du domaine du contrat de société et de celui de l'intervention législative : la substance des droits de l'associé et leurs modalités d'exercice relèvent de la liberté contractuelle, tandis que leur protection appartient au pouvoir législatif. Le rôle du législateur est ainsi parfaitement rempli lorsqu'il crée un mécanisme objectif de règlement des

²¹⁰³ V. *supra* n° 469.

²¹⁰⁴ V. *supra* n° 516.

²¹⁰⁵ V. *supra* n° 523.

²¹⁰⁶ Notamment quant au régime de l'obligation de rachat : v. à propos de la qualification du délai d'exécution l'accompagnant, *supra* n° 499.

²¹⁰⁷ En droit prospectif, le délai d'exécution choisi serait celui institué en droit positif pour la SARL, tandis que les précisions faites par la jurisprudence sur sa computation et ses effets seraient retenues (v. *supra* n° 531). Le régime du recours à l'expertise de l'article 1843-4 du Code civil serait également précisé (v. *supra* n° 536 et s.), ainsi que les conditions d'exercice de sa renonciation par le cédant (v. *supra* n° 544).

²¹⁰⁸ À cet égard, l'exigence d'une durée de détention des parts de SARL et celle de la désignation d'un organe social spécifique pour statuer sur les conséquences d'un refus d'agrément dans les sociétés par actions furent jugées inutiles dans le système prospectif suggéré (v. *supra* n° 527)

²¹⁰⁹ V. *supra* n° 547.

²¹¹⁰ V. *supra* n° 549.

conflits, tel le recours fondé sur l'article 1843-4 du Code civil, ou qu'il énonce la sanction de l'irrespect de la procédure d'agrément.

Conclusion Titre I.

La procédure d'agrément.

Les développements réalisés montrent qu'il est non seulement possible d'unifier le formalisme encadrant la procédure d'agrément afin de le rendre plus intelligible, mais également d'en déduire une méthode pour ordonner les règles le composant.

556. Un formalisme simplifié. L'analyse selon laquelle les associés sont liés par un contrat dominé par l'*intuitu personae*, sauf exceptions laissées à l'appréciation des statuts, a permis d'unifier le domaine de l'agrément lequel est, en droit positif, plus ou moins aléatoirement déterminé par le clivage traditionnel consistant à distinguer les sociétés de personnes et les sociétés de capitaux²¹¹¹. Partant de l'idée que cet agrément est susceptible de s'appliquer à toutes les sociétés, l'unification de sa procédure a semblé, *a fortiori*, envisageable puisqu'elle présente les mêmes travers que ceux observés pour son domaine²¹¹². Comme pour ce dernier, il a été procédé à un élagage des disparités présentées par le corpus de chaque société²¹¹³, et au maintien de spécificités tenant à certains faits générateurs²¹¹⁴, à chaque étape de la procédure : avant et après la décision de la société. Le régime de la sorte proposé démontre que cette unification est possible, en dépit de la dispersion et de la complexité des règles le composant²¹¹⁵. Cette procédure en ressort plus intelligible car son contenu est non seulement simplifié, mais aussi, mieux justifié. En effet, au-delà de la simplification réalisée, cette tentative de systématisation met en évidence une méthode pour réorganiser la matière.

557. Une méthode de simplification. Celle-ci se compose de deux orientations majeures.

557-1. La première est que la relation contractuelle entre les associés permet de justifier certains éléments de la procédure par la théorie générale des contrats, confirmant de la sorte l'analyse selon laquelle la société est, dans les rapports internes, un contrat spécial²¹¹⁶. Forte de son développement, la personnalité morale a longtemps occulté cet aspect du groupement, au point que le contrat entre les associés se serait fondu dans une supposée institution ou, autrement

²¹¹¹ V. *supra* n° 86 et s.

²¹¹² V. *supra* n° 282 et s.

²¹¹³ V. *supra* n° 411 et v. *supra* n° 519.

²¹¹⁴ V. *supra* n° 446 et v. *supra* n° 546.

²¹¹⁵ Pour l'intégralité du nouveau régime proposé, v. annexe.

²¹¹⁶ V. *supra* n° 157.

dit, un dispositif légal²¹¹⁷. La procédure d'agrément, qui pourtant en fait figure d'archétype de par son extrême réglementation, n'échappe pourtant pas à la résurgence de ce contrat puisqu'elle y trouve, paradoxalement, sa raison d'être²¹¹⁸. L'analyse contractuelle permet ainsi d'expliquer que le droit de disposer de ses droits sociaux par l'associé n'a pas seulement pour motif la reprise de la valeur apportée avec une éventuelle plus-value, elle est aussi une forme d'exercice du droit de résilier unilatéralement les engagements à durée indéterminée. C'est pourquoi, il est nécessaire d'étendre un droit de retrait à tous les associés, dont l'obligation de rachat consécutive au refus d'agrément n'est que la face négative²¹¹⁹.

557-2. La seconde orientation méthodologique résulte de la constatation selon laquelle, la simplification de la procédure requiert préalablement de rechercher la finalité de ses règles. Or celle-ci est toujours l'expression d'une recherche d'équilibre entre les droits individuels de chaque associé et ceux de leur collectivité, spécialement lorsqu'elle est incarnée vis-à-vis des tiers par la personnalité morale. Mais cette recherche n'est guère surprenante : elle est liée à la nature du contrat de société, celle d'un contrat-organisation dont la spécificité réside dans la création d'un intérêt commun²¹²⁰. La réalisation de son objet nécessite une certaine organisation dans l'exercice de laquelle les associés reçoivent des prérogatives individuelles. Dès lors, l'intérêt commun nécessite de s'articuler avec l'intérêt de chacun à exercer ses prérogatives. Or l'agrément, en garantissant à la société le droit de garder son cercle fermé, heurte la possibilité pour l'associé de céder ses droits sociaux et, corrélativement, son droit de résilier unilatéralement son engagement. L'ordre public sociétaire joue alors le rôle d'un arbitre afin d'assurer un savant équilibre entre l'intérêt du groupe et celui de l'associé. La jurisprudence a souvent suppléé le législateur à cet exercice, spécialement à l'occasion de l'application du dispositif du refus d'agrément. Elle a ainsi pu apprécier quelle était l'incidence du délai procédural sur le régime de l'obligation de rachat, dont l'exécution est fondamentale pour maintenir l'équilibre de ces intérêts antagonistes²¹²¹. Cependant, la protection de la sorte accordée doit éviter deux écueils dans lesquels le législateur est parfois tombé.

- D'une part, afin d'affirmer un objectif législatif, certaines règles influent actuellement sur les modalités techniques d'exercice des droits de l'associé. Cet interventionnisme a parfois des conséquences néfastes, comme celles de porter atteinte à la substance de ses droits, mais aussi, à

²¹¹⁷ V. notamment les analyses faites à ce sujet, *supra* n° 159 et n° 173-2.

²¹¹⁸ V. *supra* n° 11.

²¹¹⁹ V. *supra* n° 521.

²¹²⁰ V. *supra* n° 161 et s.

²¹²¹ V. *infra* n° 513 et s.

la liberté contractuelle, et parfois même, aux concepts juridiques de droit commun²¹²². L'exemple le plus caractéristique est celui donné par les règles de vote. Ainsi dans le cadre de la SNC, l'impérativité du vote unanime porte atteinte au droit de l'associé de sortir de la société lorsque l'unanimité n'est pas réunie. Or la loi autorise pourtant qu'il soit dérogé à cette unanimité pour modifier les statuts, et plus particulièrement, pour voter l'agrément des héritiers de l'associé²¹²³. De même, le texte de la société européenne exige toujours que la stipulation d'une clause d'agrément soit votée à l'unanimité, alors que celle-ci n'aggrave pas l'engagement des associés, et qu'une réforme récente a supprimé cette exigence à l'égard de la SAS²¹²⁴.

- D'autre part, le législateur énonce parfois des règles de droit spécial qui, certes protègent un intérêt particulier, mais bouleversent néanmoins les concepts du droit commun et, corrélativement, l'intérêt général qu'ils garantissent. Ainsi autoriser l'actionnaire cédant à renoncer à la cession, après la formulation d'un recours fondé sur l'article 1843-4 du Code civil revient-il à anéantir la force obligatoire du contrat consécutivement formé. Or cette atteinte, qui est susceptible de s'étendre à d'autres domaines que le refus d'agrément, se justifie principalement par la volonté de donner la possibilité au cédant de faire la meilleure plus-value possible sur la cession de ses titres²¹²⁵.

Ces quelques orientations permettraient, ainsi, de mieux définir la répartition des normes sociétaires entre le domaine du contrat de société et celui de l'ordre public, leur conférant une plus grande efficacité. En droit positif, cette efficacité est garantie par la rigueur des sanctions frappant l'irrespect de ces normes. Toutefois, celle-ci est parfois atténuée lorsque ces sanctions sont mal ou pas déterminées, comme il sera constaté en droit positif.

²¹²² V. à propos de l'atteinte à la force obligatoire du contrat portée par la renonciation, à tout moment, du cédant à son projet de quitter la société (*supra* n° 514-2).

²¹²³ V. *supra* n° 389.

²¹²⁴ V. *supra* n° 292. *Comp.* pour la SAS : C. com., art. L. 227-19, al. 2 (mod. ordonnance n° 2017-747, 4 mai 2017).

²¹²⁵ V. *supra* n° 514.

Titre II.

Les sanctions de la procédure d'agrément.

558. Plan. La jurisprudence veille au strict respect de ces formalités procédurales²¹²⁶ et cela, sans aucune exception. Une telle rigueur pourrait sembler excessive mais elle est pourtant justifiée. Le cas échéant, la substitution de toute autre forme risquerait d'anéantir la finalité de ces règles. Or y porter atteinte, c'est méconnaître l'intérêt de la sorte protégé, lequel a une incidence sur la nature des sanctions prononcées.

L'efficacité de ces dernières est toutefois amoindrie en raison de leur indétermination, voire, de leur mauvaise détermination²¹²⁷ (Chapitre I). Consistant à la fois à unifier le régime de l'agrément et à distinguer le domaine du contrat de société de celui de l'ordre public sociétaire, la méthode de simplification précédemment dégagée sera, sur ce point, éprouvée afin de savoir s'il est possible de mieux déterminer ces sanctions (Chapitre II).

²¹²⁶ V. *supra* n° 285.

²¹²⁷ *Rappr.* LE FUR (A.-V.), « La rationalisation des sanctions, une exigence démocratique en faveur de leur efficacité », *D.* 2016, p. 1091.

Chapitre I. Des sanctions mal déterminées.

Chapitre II. Des sanctions mieux déterminées.

Chapitre I.

Des sanctions mal déterminées.

559. Plan. Quelle que soit la forme de la société dont les droits sociaux sont transférés, la procédure d'agrément obéit à des règles d'ordre public. Cependant, leur inobservation est-elle sanctionnée de la même façon pour chaque type sociétaire ? La réponse à cette question nécessite de distinguer selon la qualité des personnes ayant méconnu ces règles procédurales, c'est-à-dire, l'associé cédant et son ayant droit (Section I) ou, les acteurs sociaux que sont la société, ses associés ou ses dirigeants (Section II).

Section I. La violation de la procédure d'agrément par l'associé cédant et son ayant cause.

560. Plan. Une seule irrégularité est possible de leur point de vue : la méconnaissance de la notification de la demande d'agrément (§ I). Outre cet irrespect formel, ces personnes peuvent aussi essayer de contourner l'application de la procédure. Comme toute action révélant la volonté « de tourner certaines prescriptions légales »²¹²⁸, ce contournement emporte la qualification de fraude à l'agrément (§ II)²¹²⁹.

§ I. La sanction de l'absence de notification d'une demande d'agrément.

561. Plan. La sanction de cette irrégularité peut emprunter deux formes. Une forme collective, lorsqu'elle a une incidence sur le transfert des droits sociaux (I). Ou une forme individuelle, lorsque son inaccomplissement est susceptible d'engager la responsabilité civile de certaines personnes (II).

²¹²⁸ GUILLIEN (R.), VINCENT (J.), sous la direction de GUINCHARD (S.) et MONTAGNIER (G.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 24^{ème} éd., 2016, v. « Fraude ».

²¹²⁹ Il convient à cet égard de préciser que l'absence de notification d'une demande d'agrément par les ayants cause d'un associé décédé n'est pas concernée par cette hypothèse. La transmission étant involontaire, la sanction de celle-ci est difficilement envisageable. Faute de notification, la qualité d'associé attachée à ces droits est en déshérence, seule leur valeur étant transmise. V. *supra* n° 397.

I. La sanction du transfert des droits sociaux réalisé sans notification.

562. Plan. À partir de la loi et de la jurisprudence, la nature de cette sanction sera déterminée (A) et son régime précisé (B).

A. La nature de la sanction du défaut de notification.

563. Plan. Pour sanctionner le défaut de notification, l'application de la nullité se déduit principalement du droit positif. Cette sanction sera d'abord analysée (1), puis sa légitimité vérifiée (2).

1. La nullité, principale sanction du défaut de notification.

564. Plan. Cette sanction se déduit de textes légaux (a) et de décisions jurisprudentielles (b). Ces dernières complètent les imprécisions des premiers en sanctionnant le défaut de notification par la nullité du transfert réalisé, mais elles témoignent aussi, d'une application accessoire de la sanction de l'inopposabilité du transfert de droits sociaux.

a. Les textes légaux : la sanction de la nullité.

565. Des textes précis uniquement à propos des sociétés par actions. La nullité du transfert de droits sociaux sans avoir sollicité, au préalable, l'agrément statutaire ou légal, est tantôt textuelle, tantôt implicite et virtuelle. Si les textes relatifs aux sociétés par actions en font état, ceux des sociétés de personnes, pour lesquelles il existe un encadrement procédural de l'agrément, sont imprécis.

Ainsi, pour la SARL²¹³⁰, le législateur ne semble pas avoir envisagé cette forme d'irrégularité puisque la sanction de la méconnaissance de la procédure d'agrément n'est prévue qu'à l'égard de la société²¹³¹. L'article L. 223-14, alinéa 7 du Code de commerce dispose en effet que : « Toute clause contraire aux dispositions du présent article est réputée non écrite ». Quant à l'article 1864 du Code civil ayant trait à la société civile, il laisse totalement place à l'interprétation en indiquant le

²¹³⁰ Il convient de rappeler que les SARL sont classées parmi les sociétés de personnes en raison de la nature de leurs droits sociaux (v. *supra* n° 87).

²¹³¹ C. com., art. L. 223-14, al. 7.

caractère d'ordre public des seules dispositions relatives au refus d'agrément, sans même préciser comment sanctionner leur irrégularité²¹³².

En revanche, les textes adoptés plus récemment pour les sociétés par actions indiquent tous que la cession effectuée en violation d'une clause d'agrément est nulle²¹³³. Une telle sanction, rare en droit des sociétés, interroge. En la matière, son édicition traduit certainement la volonté du législateur de renforcer son impérativité vis-à-vis des tiers²¹³⁴ car, au contraire, les textes sont souvent muets sur la sanction applicable à la violation des règles procédurales, par la société, comme le serait, par exemple, une délibération prise sans respecter les règles de vote de l'agrément²¹³⁵.

Par conséquent, en présence d'une société de personnes ou d'une SARL, la jurisprudence a dû déterminer quelle était la sanction applicable au transfert réalisé sans notification préalable.

b. La jurisprudence : la sanction de la nullité, et accessoirement, celle de l'inopposabilité.

566. Une irrégularité principalement sanctionnée par la nullité du transfert des droits sociaux. Les arrêts tranchant un différend relatif au défaut de notification sont souvent d'espèce et révèlent, parfois, la mauvaise foi de la partie invoquant la nullité. La solution alors adoptée par les magistrats semble plutôt justifiée par le souci de ne pas faire droit à la malveillance des plaideurs, que par un raisonnement juridique implacable, même si la nullité est le plus souvent prononcée²¹³⁶. Par exemple, la sanction de l'inopposabilité fut prononcée dans une affaire où les circonstances étaient si particulières que certains commentateurs les qualifièrent d'« exotiques »²¹³⁷. La cédante y était d'une mauvaise foi significative car elle demandait la nullité

²¹³² « Il ne peut être dérogé aux dispositions des deux articles qui précèdent [...] ».

²¹³³ Le texte de la SAS adopté en 1994 semble avoir inspiré le législateur en 1998 lorsqu'il a modifié l'article L. 228-23 du Code de commerce relatif au droit commun des sociétés par actions.

Les textes relatifs aux sociétés par actions sont les suivants. Droit commun : C. com., art. L. 228-23, al. 5 depuis la loi du 2 juillet 1998 : « Toute cession effectuée en violation d'une clause d'agrément figurant dans les statuts est nulle » ; SAS : C. com., art. L. 227-15 : « Toute cession effectuée en violation des clauses statutaires est nulle » ; Société européenne : C. com., art. L. 229-11 : « Toute cession réalisée en violation de ces clauses statutaires est nulle. Cette nullité est opposable au cessionnaire ou à ses ayants droit. Elle peut être régularisée par une décision prise à l'unanimité des actionnaires non parties au contrat ou à l'opération visant à transférer les actions ».

²¹³⁴ V. notamment, à propos de la loi dite DDOEF du 2 juillet 1998 : *D.* 1998, législ. p. 249 ; Avis de l'Association Nationale des Sociétés par Actions, « LOI DDOEF, Mesures diverses », Avril-mai 1998, n° 2951 : « La loi DDOEF offre ainsi une arme aux sociétés émettrices non cotées face aux actionnaires "dissidents" qui prétendront faire une cession dans le public sans son accord ».

²¹³⁵ À propos des règles de vote, v. *supra* n° 361 ; à propos de la sanction de la délibération, v. *infra* n° 609 et s.

Partageant ces doutes, v. l'opinion exprimée par : LE CANNU (P.), DONDERO (B.), *Droit des sociétés*, Montchrestien, 6^{ème} éd., 2015, p. 766, n° 1187.

²¹³⁶ V. pour la recherche de la légitimité de cette sanction, *infra* n° 570 et s.

²¹³⁷ CHAMPAUD (Cl.) et DANET (D.), note sous Cass. com., 26 mars 1996, Inguibert-Vignal c/ Albertini, *RTD com.* 1996, p. 475.

de la cession en raison du défaut de notification de la demande d'agrément, obligation qui pourtant lui incombait, et cela après avoir détruit les originaux de l'acte de cession²¹³⁸ ! Une fin de non-recevoir fondée sur son défaut d'intérêt à agir aurait aussi bien pu lui être opposée²¹³⁹.

L'inopposabilité apparaît ainsi résiduelle, justifiée par des motifs exceptionnels, alors que le prononcé de la nullité, sanction principale, n'est jamais visé par la jurisprudence sur le fondement d'un texte²¹⁴⁰. En raison du flou résultant de ces décisions, les principes juridiques gouvernant chacune de ces sanctions doivent être analysés, et cela afin de vérifier si la nullité du transfert des droits sociaux est la sanction adaptée au défaut de notification.

2. La recherche de la légitimité de chaque sanction au regard de ses principes généraux.

567. Plan. La nature de la sanction devrait être fonction de sa cause, c'est-à-dire, de la substance juridique de l'irrégularité qui la fonde. Or la notification de la demande d'agrément est-elle une condition de validité du transfert projeté ou une condition de son opposabilité ? Tout dépend du moment de la réalisation de la notification, avant ou après le transfert, et de la finalité accordée à celle-ci, c'est-à-dire, si elle s'analyse comme étant une simple obligation d'information au profit de la société, ou comme « le premier maillon de la procédure d'agrément »²¹⁴¹. Dans le premier cas, sa méconnaissance serait sanctionnée par une inopposabilité du transfert des droits sociaux (a), alors que dans le second, l'importance de la notification dans ce dispositif d'ordre public tendrait à la considérer comme une condition de validité de l'acte (b), et donc, à sanctionner son absence par la nullité de celui-ci. L'une de ces analyses emporte-t-elle la conviction²¹⁴² ?

²¹³⁸ *Comp.* pour une demande similaire mais exercée par les cessionnaires : Cass. com., 11 février 1992, Époux Claden c/ Consorts Ziggelaar, précitée.

²¹³⁹ C.P.C., art. 125, al. 2 : « Le juge peut relever d'office la fin de non-recevoir tirée du défaut d'intérêt, du défaut de qualité ou de la chose jugée. »

Comp. à propos de l'adage « nul ne peut être entendu qui allègue sa propre turpitude », lequel ne peut être invoqué que lorsque la nullité repose sur l'immoralité du contrat (TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. Précis, 11^{ème} éd., 2013, p. 472, n° 428).

²¹⁴⁰ Cette jurisprudence est d'ailleurs plus explicite sur le régime de la nullité que sur son fondement. V. *infra* n° 572 et les références citées (par exemple récemment : Cass. com., 21 janvier 2014, n° 12-29-221, F-P+B, Coruch c/ Salama, *JurisData* n° 2014-000568, *Dr. sociétés* avril 2014, comm. 64, note (D.) GALLOIS-COCHET ; *Rev. sociétés* 2014, p. 437, note (A.) LECOURT ; *D.* 2014, p. 273, note (A.) LIENHARD) ; *Bull. Joly Sociétés* 2014, n° 4, p. 250, note (B.) SAINTOURENS. Pour l'appréciation du fondement juridique d'une telle solution, v. *infra* n° 570.

²¹⁴¹ JEULAND (E.), « Opposabilité et validité de la cession de parts sociales d'une SARL », note sous Cass. com., 26 mars 1996, Mme Inguibert née Vignal c/ Mme Albertin. À propos du moment de la réalisation de la notification et de sa finalité, v. *infra* n° 323 et n° 302.

²¹⁴² Adde FALAISE (M.), « La sanction de l'acte irrégulier (distinction entre nullité et opposabilité) », *LPA* 1997, p. 5.

a. La légitimité de la sanction marginale : l'inopposabilité.

Dans un premier temps seront analysés la définition et les effets de l'inopposabilité, puis ses avantages, en tant que sanction du défaut de notification.

568. Définition et effets de l'inopposabilité. Selon les professeurs Terré, Simler et Lequette : « Comme la nullité, [l'inopposabilité] prend sa source dans une imperfection contemporaine de la formation du contrat. Mais elle sanctionne, en règle générale, le non-respect d'une règle qui a pour seul objet la protection des tiers »²¹⁴³.

Tel est précisément le cas de la procédure d'agrément, dont l'objet est de protéger la société et les associés contre l'intrusion de tiers indésirables. Les effets de cette sanction se distinguent également de ceux de la nullité puisque leur portée se limite « [...] à ce qu'exige la sauvegarde du but poursuivi par la règle transgressée »²¹⁴⁴.

Dès lors, si le transfert des droits sociaux non agréé est valable entre les parties, mais inopposable à la société et aux tiers, sa requalification en tant que convention de croupier s'impose²¹⁴⁵. Ses effets seront effectivement limités par rapport à ceux d'une convention agréée ; le croupier ne bénéficiera pas de la qualité d'associé, mais seulement de certaines prérogatives pécuniaires à l'égard de l'associé cédant. Ce dernier restera d'ailleurs le seul interlocuteur de la société et des associés, conformément au principe de la relativité des conventions²¹⁴⁶.

569. Ses avantages. Emportant la préférence de certains auteurs²¹⁴⁷, cette sanction présente deux avantages en présence d'un défaut de notification.

²¹⁴³ TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, p. 109, n° 82.

Adde BASTIAN (D.), *Essai d'une théorie générale de l'opposabilité*, thèse Paris 1929. BERTRAND (F.), *L'opposabilité du contrat aux tiers*, thèse Paris II, 1979 ; DUCLOS (J.), *L'opposabilité (Essai d'une théorie générale)*, thèse Rennes, 1984.

²¹⁴⁴ TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, *loc. cit.*

²¹⁴⁵ La validité de cette convention était expressément admise par le Code civil de 1804 à l'ancien article 1861 selon lequel : « Chaque associé peut, sans le consentement de ses associés, s'associer une tierce personne relativement à la part qu'il a dans la société. Il ne peut pas, sans ce consentement, l'associer à la société, lors même qu'il en aurait l'administration ». Pour le commentaire de cet article, v. TROPIONG (M.), *Du contrat de société civile et commerciale*, t. 1, éd. Charles Hingray, 1843, p. 233.

Comp. à propos de la simulation frauduleuse : *infra* n° 586.

²¹⁴⁶ C. civ., art. 1199. V. en ce sens : NÉRET (J.), *Le sous contrat*, préf. P. Catala, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, t. 163, 1979, p. 119, n° 148 : « Le croupier ne peut être considéré comme un sous-associé : il ne peut en effet ni être représenté à l'intérieur de la société, ni collaborer à la gestion de la part dans la société, ni prendre connaissance des résultats sociaux, ni contrôler la gestion de l'associé, ni agir directement contre la société... Le croupier n'est pas davantage l'associé de celui qui le prend en croupe. Il manque à la convention "deux éléments essentiels du contrat de société : l'*affectio societatis* et la mise en commun de prestations réciproques" » (citant SCHWING (A.), « La nature juridique du droit du croupier », *Rev. sociétés* 1935, p. 152).

²¹⁴⁷ V. spécialement à propos d'une fusion-absorption : CONSTANTIN (A.), « L'application des clauses d'agrément en cas de fusion ou scission : le poids des mots, le choc des principes », *Bull. Joly Sociétés* 2003, p. 742, note n° 106 : « Le législateur aurait d'ailleurs peut-être été mieux inspiré de prévoir une inopposabilité plutôt qu'une nullité. Cela eut été à la fois plus juste, sur le plan juridique, et plus réaliste, sur le plan pratique ».

Et plus généralement : JEULAND (E.), « Opposabilité et validité de la cession de parts sociales d'une SARL », note sous Cass. com., 26 mars 1996, Mme Inguibert née Vignal c/ Mme Albertini, *JCP E* 1996, 884 : « Il reste que l'importance de la notification du projet de cession dont dépend l'agrément donné par les coassociés peut conduire à préférer la sanction de la nullité. Cette position paraît cependant se fonder sur le préjugé selon lequel l'inopposabilité est une sanction faible ».

- D'une part, elle est plus pragmatique que la nullité dont la rétroactivité ne peut être mise en œuvre en toute situation, spécialement en présence d'une opération de restructuration. À cet égard, sanctionner le transfert illicite par l'inopposabilité serait même plus efficace. Puisque la société absorbée ou scindée disparaît à la suite de la réalisation de la restructuration, la société bénéficiaire se trouve alors dans la situation d'un croupier qui ne bénéficierait plus du soutien de sa monture : le transfert des droits sociaux serait donc frappé de caducité. Dès lors, même si le transfert universel de patrimoine réalisé par l'opération est valable, sa partie relative aux participations litigieuses est inopposable. L'impact sur la société de la faute de l'associé et, spécialement de sa collusion en vue de contourner l'agrément, est ainsi limité, même si le remboursement des droits sociaux lui sera imposé ; la situation étant similaire à celle issue du décès d'un associé²¹⁴⁸.

- Et, d'autre part, la sanction de l'inopposabilité serait cohérente avec celle prononcée lors de la violation d'une clause de préemption²¹⁴⁹. En effet, bien que la préemption et l'agrément se différencient par l'ordre public procédural inhérent à ce dernier, ces deux instruments de conservation des droits sociaux ont la même nature juridique vis-à-vis de la convention de transfert : celle d'une modalité²¹⁵⁰. Une même cause appelle alors un même effet : celui de la sanction de l'acte juridique concerné par son inopposabilité. Cependant, la notification d'une demande d'agrément peut-elle se réduire à une obligation d'information ? Elle est aussi et surtout, en droit des sociétés, un acte procédural. De ce point de vue, la nullité emporte la préférence du législateur car elle permettrait de mieux préserver l'*intuitu personae* de la société²¹⁵¹.

²¹⁴⁸ La société devra néanmoins rembourser la valeur des apports transférée lors de l'opération de restructuration, pour la solution jurisprudentielle appliquée en la matière (v. *infra* n° 577).

²¹⁴⁹ V. par exemple : Cass. com., 11 mars 2014, n° 13-10.366, F-P+B, S. c/ A., D. 2014, p. 2156, note (J.) MOURY ; RTD civ. 2014, p. 650, (H.) BARBIER, *Rev. sociétés* 2014, p. 384, note (B.) SAINTOURENS ; *Dr. sociétés* 2014, comm. n° 82, note (D.) GALLOIS-COCHET ; JCP E 2014, 1515, n° 5, obs. (M.) CAFFIN-MOI. Cet arrêt pose le principe suivant : « Vu les [anciens] articles 1134 et 1142 du code civil ; Attendu que la violation d'une clause de préemption figurant dans les statuts d'une société à responsabilité limitée n'emporte pas par elle-même nullité de la cession de parts conclue entre deux associés ».

Confirmé par : Cass. com., 2 février 2016, D. 2016, p. 374, obs. (A.) LIENHARD : « [...] ayant exactement retenu que les statuts, qui avaient seuls vocation à s'appliquer, n'imposaient pas au bénéficiaire du droit de préemption de se substituer à l'acquéreur évincé dans toutes les modalités accessoires de son offre, la cour d'appel, qui a fait application de stipulations claires et dépourvues d'ambiguïté, ne nécessitant donc aucune interprétation, a statué à bon droit ».

Comp. Cass. ch. mixte, 26 mai 2006, n° 03-19.376, *Bull. civ.* IV, n° 49, RTD civ. 2009, p. 43, note (T.) PIAZZON. Selon cet arrêt : « [...] le bénéficiaire d'un pacte de préférence est en droit d'exiger l'annulation du contrat passé avec un tiers en méconnaissance de ses droits et d'obtenir sa substitution à l'acquéreur [...] à la condition que ce tiers ait eu connaissance, lorsqu'il a contracté, de l'existence du pacte de préférence et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir ».

Comp. les dispositions de la SAS, C. com., art. L. 227-15 : « Toute cession effectuée en violation des clauses statutaires est nulle ».

²¹⁵⁰ Pour la différence de finalité de la clause de préemption et de l'agrément, v. leur définition, *supra* n° 4 et s., n° 50 et s.

Adde SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *Le droit de préemption*, préf. P. Raynaud, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, t. 164, 1979, p. 137, n° 154. L'auteur analyse plus précisément le droit de préemption en droit d'option.

²¹⁵¹ V. à propos de la loi DDOEF du 2 juillet 1998 : Avis de l'Association Nationale des Sociétés par Actions, « Loi DDOEF, Mesures diverses », Avril-mai 1998, n° 2951 : « [...] en présence d'une cession qui viole une clause statutaire d'agrément, - laquelle jusqu'à présent était valable entre les parties mais inopposable aux tiers comme à la société et qui désormais est censée n'avoir

b. La légitimité de la sanction principale : la nullité.

570. Définition et principaux effets de la nullité. La nullité sanctionne « [...] l'inobservation d'une condition de formation du contrat »²¹⁵². Précédemment, il a été remarqué que le défaut de notification de la demande d'agrément était sanctionné de nullité par le législateur pour les transferts d'actions²¹⁵³ et, par extension, par la jurisprudence pour les transferts de parts sociales²¹⁵⁴.

Pour certains auteurs, cette sanction est discutable car son régime devrait varier en fonction de la nature des droits sociaux : en présence d'actions, la convention de cession serait inexistante, voire caduque faute d'agrément, tandis qu'en présence de parts sociales, la nullité serait plus appropriée, en raison de l'importance de *l'intuitu personae* pour ces sociétés²¹⁵⁵. Cette analyse revient toutefois à confondre l'agrément et sa notification. Au regard des textes et de la jurisprudence, c'est la notification qui est une condition de formation de la convention de transfert, et non la décision sociale accordant ou refusant l'agrément, laquelle n'est qu'une modalité de celle-ci. De plus, attribuer une sanction différente au défaut de notification, en fonction du type de société, revient à conférer une valeur différente à l'agrément : il aurait la valeur d'une simple information dans les sociétés par actions, tandis qu'il serait une condition de validité de la convention de cession dans les sociétés de personnes et la SARL. Or cette analyse est discutable car elle différencie le régime juridique d'une notion (la condition) en fonction de ses circonstances d'application, contrariant de la sorte la nécessaire stabilité des institutions juridiques.

En outre, il s'agit ici de sanctionner non pas la société, mais une convention qui ne la concerne qu'indirectement, et pour laquelle le droit commun des contrats est applicable. La nullité ne relève dès lors pas du champ d'application strict des nullités du droit des sociétés, mais de celui des nullités virtuelles dont l'existence est admise, sans la prévision d'un texte, en raison de

jamais existé - , la société émettrice doit comme auparavant refuser de procéder au virement de titres du compte du cédant au compte du cessionnaire ».

²¹⁵² TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. Précis, 11^{ème} éd., 2013, p. 109, n° 82.

²¹⁵³ V. *supra* n° 565.

²¹⁵⁴ V. *supra* n° 566.

²¹⁵⁵ *Comp.* l'analyse réalisée par le professeur Bonnard avant les modifications opérées pour les sociétés par actions afin de déterminer quelle sanction était applicable. Selon lui, celle-ci devrait être différente selon la source de l'agrément, légale ou statutaire : « lorsque la procédure d'agrément n'est pas observée, s'il s'agit d'une cession directe d'actions à un tiers, il ne saurait y avoir, à notre sens, de nullité de la vente, mais plutôt inexistence, caducité de celle-ci, alors que s'il s'agit d'une cession de parts sociales soumise à l'article 45 de la loi du 24 juillet 1966, les juges n'hésitent pas à retenir la nullité de la cession, admettant par là même que l'agrément constitue un élément essentiel du contrat, le projet de cession devenant une promesse synallagmatique de cession ou une cession ferme de parts sociales constitutive d'un avant-contrat auquel la cession définitive succédera sans rétroactivité le jour où la société aura agréé le cessionnaire » (Cass. com., 27 mars 1990, Boyer c/ Lastella et autres, D. 1991, p. 503).

l'importance accordée à l'intérêt protégé par la règle en cause²¹⁵⁶. Cette sanction serait, de la sorte, justifiée par l'impérativité de l'agrément et l'intérêt qu'il sous-tend. La notification constituerait alors une condition de validité, transformant les conventions de cession soumises à un agrément en contrats solennels, et le régime de la nullité de droit commun serait donc tout à fait applicable.

Cependant, ce régime présente tout de même certaines incompatibilités avec la mise en œuvre de la procédure d'agrément. Ainsi, parmi d'autres exemples²¹⁵⁷, la nullité n'est pas adaptée pour sanctionner une opération de restructuration en raison de l'anéantissement rétroactif qu'elle réalise. En effet, les parties ne peuvent être replacées dans la situation antérieure à la réalisation de l'acte litigieux pour une raison : celle de la dissolution de la société associée. Par voie de conséquence, afin de tenir compte de cette impossibilité, la jurisprudence a dû élaborer un régime à deux vitesses, de la sanction du défaut de notification.

B. Le régime de la sanction du défaut de notification.

571. Plan. Déterminé par la jurisprudence, ce régime peut être scindé en un régime général, lequel consiste principalement à appliquer la nullité de droit commun (1), et un régime spécial adapté aux opérations de restructuration, lequel double l'inopposabilité de la cession de l'application du dispositif du rachat en cas de refus d'agrément. Ce dernier régime se fondant sur des décisions rendues par les juges du fond, il demeure toutefois incertain en l'absence de confirmation explicite de la Cour de cassation (2).

²¹⁵⁶ PICOD (Y.), « Nullités », in *Rép. Soc. Dalloz*, 2005, *spéc.* n° 22 : « En l'absence de disposition expresse, la question sera de savoir quand la violation de la règle posée justifiera l'annulation de l'acte juridique. Il faudra alors que le juge apprécie pour chaque règle si l'intérêt que la loi entend sauvegarder est suffisamment important pour qu'une telle sanction soit appliquée (PLANIOL et RIPERT, par ESMEIN, *Traité pratique de droit civil*, LGDJ, t. 6, 1952, n° 295). Certaines solutions s'imposent avec évidence : ainsi, si l'article L. 442-6, I, du code de commerce (préc. *supra*, n° 3) ne prévoit, au bénéfice du contractant-victime, que la responsabilité de l'auteur des manquements visés, la sanction de la nullité devrait s'imposer compte tenu de l'atteinte ou s'agissant d'un texte d'ordre public de protection dans des rapports de distribution ; de même, en matière de pratiques commerciales trompeuses à l'égard de consommateurs, les faits pourront généralement être qualifiés de vice du consentement pour annuler le contrat, malgré l'absence de référence à la nullité par les articles L. 121-3 et suivants du Code de la consommation (PICOD et DAVO, *Droit de la consommation*, Sirey U, 2^e éd., 2010, n° 139-1). Mais la prolifération des textes dictés par des exigences d'ordre public économique ou social a contribué à aggraver la difficulté, d'autant plus qu'ils comportent généralement d'autres sanctions (GHÉSTIN, *op. cit.*). Ainsi a-t-il été jugé que l'exigence posée par le code du travail, selon lequel le contrat de travail devant s'exécuter en France doit être rédigé en langue française, permet seulement à l'employé d'exiger la délivrance d'un contrat conforme au texte, sans que la nullité puisse être prononcée (Soc., 19 mars 1986, *Bull. civ.* V, n° 98). On mesure alors qu'il sera bien difficile au juriste d'anticiper sur la décision du juge, amené à mesurer l'importance, ô combien relative, des valeurs protégées et ce, à supposer qu'une politique judiciaire puisse s'affirmer en toute cohérence ».

²¹⁵⁷ Pour l'ensemble des incompatibilités du régime de la nullité avec la mise en œuvre de l'agrément, v. *infra* n° 633.

1. Le régime général de la nullité du transfert de droits sociaux réalisé sans notification.

572. Plan. Le régime de cette action se compose de trois éléments : son titulaire (a), sa prescription (b) et, enfin, la possibilité de régulariser l'irrégularité, cause de la nullité (c). Chacun d'eux a progressivement été déterminé par la jurisprudence après avoir suscité des controverses.

a. Les titulaires de l'action en nullité.

573. Les associés et la société. Pour connaître le titulaire de l'action, encore faut-il déterminer si la nullité sanctionne un vice de portée générale dont tout intéressé pourra se prévaloir, autrement dit, une nullité absolue ou, si elle protège des intérêts particuliers que seuls les intéressés pourront invoquer, la nullité étant alors relative²¹⁵⁸.

À propos d'un litige ayant trait à la nullité d'une cession de parts de SARL, la Cour de cassation a affirmé que : « [...] seuls les associés et la société peuvent invoquer les dispositions de l'article 45 de la loi du 24 juillet 1966²¹⁵⁹ ; que tel n'est pas le cas des [cessionnaires] qui étaient des tiers étrangers à la société »²¹⁶⁰.

La qualification de nullité relative est tout à fait justifiée : l'impérativité de la notification vise avant tout à protéger la société et les associés. Parmi eux, la Cour de cassation ne semble toutefois pas exclure l'associé cédant²¹⁶¹, en dépit de la légitimité douteuse de son intérêt ; la cause de la nullité procédant de sa négligence. Au contraire, l'exclusion des cessionnaires est logique car

²¹⁵⁸ C. civ., art. 1181, al. 1^{er} : « La nullité relative ne peut être demandée que par la partie que la loi entend protéger.

Elle peut être couverte par confirmation. [...] »

TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. Précis, 11^{ème} éd., 2013, p. 440, n° 393 ; ANDREU (L.), THOMASSIN (N.), *Cours de droit des obligations*, Gualino, 2^{ème} éd., 2017, p. 209, n° 524 ; LE CANNU (P.), DONDERO (B.), *Droit des sociétés*, Montchrestien, 6^{ème} éd., 2015, p. 305, n° 469.

Adde Cass. com., 22 mars 2016, n° 14-14.218, FS-P+B, D. 2016, p. 1037, note (S.) TREARD : « L'action en nullité d'actes de cession de parts sociales conclus pour un prix indéterminé ou vil, qui ne tend qu'à la protection des intérêts privés des cédants, relève du régime des actions en nullité relative, et est donc soumise au délai de prescription de cinq ans de l'article 1304 du Code civil ».

²¹⁵⁹ C. com., art. L. 223-14.

²¹⁶⁰ Cass. com., 11 février 1992, Époux Claden c/ Consorts Ziggelaar, *Bull. Joly Sociétés* 1992, p. 442, note (P.) LE CANNU ; *Rev. sociétés* 1992, p. 494, note (Y.) CHARTIER ; *Dr. sociétés* mai 1992, n° 114, comm. (H.) LE NABASQUE. V. également en ce sens : CA Paris, 15^{ème} ch. section A, 26 février 1992, Le Guiffant c/ Société Les trois joyaux, *Bull. Joly Sociétés* 1992, p. 547, note (P.) LE CANNU ; *Rev. sociétés* 1992, p. 382, obs. (Y.) GUYON ; *Dr. sociétés* juillet 1992, n° 165, comm. (H.) LE NABASQUE. Et à propos de sociétés anonymes : CA Paris 25^{ème} ch. B, 14 novembre 2003, Benchimal c/ Seroussi, *RTD com.* 2004, p. 102, note (Cl.) CHAMPAUD et (D.) DANET ; implicitement v. Cass. com., 6 mai 2003, (2 arrêts), n° 01-12.567, Société Sanofi Synthelabo c/ Société Laboratoires Yves Rocher, et n° 01-30.172, Société Financière des laboratoires Yves Rocher c/ Société Sanofi Synthelabo, *JCP E* 2003, p. 1335, note (J.-J.) CAUSSAIN, (F.) DEBOISSY, (G.) WICKER.

Comp. à propos d'une société civile mais dont la formulation est plus générale et inclut l'ensemble des règles procédurales de l'agrément : Cass. 3^{ème} civ., 19 juillet 2000, Navarre c/ Gautron, *JurisData* n° 2000-003014, *Bull. Joly Sociétés* 2000, p. 1083, note (P.) LE CANNU ; *Rev. sociétés* 2000, p. 737, (J.-F.) BARBIÈRI.

²¹⁶¹ Cass. com., 26 mars 1996, Inguibert-Vignal c/ Albertini, *RTD com.* 1996, p. 475, note (Cl.) CHAMPAUD et (D.) DANET.

ils demeurent des tiers étrangers à la société avant l'obtention de l'agrément ; ils n'ont donc aucune qualité pour bénéficier de la protection des mécanismes sociaux²¹⁶². À cet égard, la question se pose de savoir si la prescription spéciale du droit des sociétés est corrélativement applicable pour exercer cette action.

b. La prescription de l'action en nullité.

574. La prescription du droit commun des contrats. Par un arrêt du 9 novembre 1993, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a énoncé de façon surprenante que : « [...] la prescription applicable à l'action en nullité de la cession était celle de trois ans prévue à l'article 367 de la loi du 24 juillet 1966, et que celle-ci se prescrivait à compter du jour où la nullité était encourue »²¹⁶³.

Rendue à propos d'un défaut de notification, cette unique décision de la Haute juridiction n'a jamais été suivie ultérieurement par les juridictions du fond²¹⁶⁴. Elle doit être rapprochée d'un arrêt rendu le 6 octobre 2004, par lequel sa troisième Chambre civile a censuré la décision d'une Cour d'appel pour avoir qualifié une cession comme étant un acte de la société et, par suite, d'avoir retenu l'application de la prescription triennale²¹⁶⁵. Bien que cette action en nullité fut fondée en l'espèce sur le dol, cette solution aux allures d'attendu de principe est transposable à la nullité de la cession pour défaut de notification de la demande d'agrément.

²¹⁶² Il convient de citer, à cet égard, une intéressante réflexion du professeur Le Cannu. Dans son commentaire de cette décision (note sous Cass. com., 11 février 1992, Époux Claden c/ Consorts Ziggelaar, *préc.*), il s'interroge ainsi sur le point de savoir dans quelle mesure, le cessionnaire devenu associé, peut-il se prévaloir des dispositions de l'article 45 de la loi du 24 juillet 1966 (C. com., art. L. 223-14) à l'égard de cessions antérieures ? À son sens, il ne bénéficie pas d'un tel droit en tant qu'associé, à moins d'avoir été nommé gérant. Ce raisonnement est justifié par le fait qu'en devenant associé, il a tacitement accepté la personne de ses coassociés. Selon l'expression du professeur Le Cannu : « [...] il ne peut réveiller un vice qu'il a ainsi couvert ». En revanche, en sa qualité de gérant, son action en tant que mandataire social serait légitime, sous réserve de l'écoulement du délai de prescription. Toutefois, l'auteur précise que si la procédure d'agrément irrégulière concernait l'acquisition de ses titres (et donc son acquisition de la qualité d'associé), alors « [...] il perdrait, du fait de l'annulation, la qualité qui lui permet d'agir... dans la mesure où la cause impulsive et déterminante de sa nomination en qualité de gérant résidait bien dans sa prise de participation ».

²¹⁶³ Cass. com., 9 novembre 1993, J.-P. Barrault c/ Société Création J.-P. Simart et autres, *D.* 1994, p. 435, note (D.) VELARDOCCIO ; *Rev. sociétés* 1994, p. 472, note (J.-P.) LEGROS.

²¹⁶⁴ Et spécialement la Cour d'appel de Paris, v. CA Paris, 7 janvier 1994, *Rev. sociétés* 1994, p. 113, obs. approbatives (Y.) GUYON ; *Banque et droit* 2000, n° 73, p. 55, obs. (J.-L.) GUILLOT ; CA Paris, 14 janvier 2000, *D.* 2000, jurispr., p. 112. Pour des décisions adoptant une voie médiane et distinguant selon le vice de nullité invoqué, v. CA Paris, 16 janvier 2001, *Rev. sociétés* 2001, p. 133, obs. (Y.) GUYON ; *Bull. Joly Sociétés* 2001, p. 423 ; CA Paris, 19 septembre 2003, *Rev. sociétés* 2004, p. 425, note (I.) URBAIN-PARLEANI.

²¹⁶⁵ Cass. 3^{ème} civ., 6 octobre 2004, Hébert c/ CRCA du Finistère, *RTD com.* 2005, p. 122, obs. (M.-H.) MONSÉRIÉ-BON ; *Rev. sociétés* 2005, p. 411, note (J.-F.) BARBIÉRI ; *Rev. sociétés* 2005, p. 152, note (B.) SAINTOURENS ; *Bull. Joly Sociétés* 2005, p. 114, obs. (P.) LE CANNU ; *JCP E* 2004, p. 1773, note (H.) HOVASSE ; *D.* 2004, AJ p. 2719, note (A.) LIENHARD. Cet arrêt rendu à propos d'une action en nullité pour dol d'une cession de droits sociaux pose le principe selon lequel : « l'action en annulation d'une cession de droits sociaux n'est soumise à la prescription triennale que dans l'hypothèse où elle est fondée sur une irrégularité affectant la décision sociale ayant accordé au cessionnaire l'agrément exigé par la loi ou les statuts, irrégularité qui ne peut être invoquée que par la société ou les associés ».

Comp. à propos de la nullité d'une souscription d'actions et le rejet de l'application de la nullité du droit des sociétés : Cass. com., 5 octobre 1999, *Bull. Joly Sociétés* 2000, p. 1219, § 282, note (P.) LE CANNU ; *RD bancaire* 1999, p. 249, obs. (M.) GERMAIN et (M.-A.) FRISON-ROCHE ; *JCP* 2000, I, 205, n° 3, obs. (A.) VIANDIER et (J.-J.) CAUSSAIN. *Contra* pour une application de ce régime à la délibération sociale irrégulière : v. *infra* n° 616.

Dès lors, puisqu'une cession de droits sociaux relève du droit commun des contrats, ses vices sont sanctionnables selon ces mêmes règles et, par conséquent, selon la prescription de l'action en nullité qui s'ensuit. En outre, leur application permettrait-elle de confirmer ou de régulariser l'absence de notification, cause de la nullité ?

c. L'interdiction jurisprudentielle de confirmer ou de régulariser l'absence de notification d'une demande d'agrément.

Ces différents actes juridiques que sont la confirmation et la régularisation doivent être définis, avant d'évoquer leur exclusion par la jurisprudence.

575. La définition de la confirmation et de la régularisation. La confirmation se définit comme « [...] l'acte par lequel celui qui pourrait se prévaloir de la nullité y renonce »²¹⁶⁶, tandis que la régularisation « consiste à valider un acte initialement nul en lui apportant l'élément qui lui fait défaut »²¹⁶⁷. Ces deux actes juridiques sont particulièrement encouragés en droit des sociétés, spécialement à l'égard des sociétés commerciales par l'article L. 235-3 du Code de commerce, lequel pose une règle générale de régularisation des actes nuls²¹⁶⁸. L'absence de notification d'une demande d'agrément devrait donc pouvoir être valablement couverte par une manifestation de volonté non équivoque de la société. Cette possibilité a d'ailleurs été expressément admise pour la société européenne à l'article L. 229-11, alinéa 2 du Code de commerce, lequel dispose : « [Cette nullité] peut être régularisée par une décision prise à l'unanimité des actionnaires non parties au contrat ou à l'opération visant à transférer les actions ».

Nonobstant la consécration légale de cette possibilité, laquelle pourrait être, par analogie, étendue à tous les types sociétaires, la Cour de cassation maintient une position stricte à son propos.

576. L'exclusion jurisprudentielle. La Chambre commerciale a contredit cette solution légale au visa des articles 1134 (ancien) et 1861 du Code civil, ce dernier étant un texte propre à la société civile. Ainsi, par un arrêt rendu le 7 avril 2009 s'inscrivant dans un courant jurisprudentiel

²¹⁶⁶ C. civ., art. 1182, al. 1er. *Adde* ANDREU (L.), THOMASSIN (N.), *Cours de droit des obligations*, Gualino, 2^{ème} éd., 2017, p. 213, n° 537 ; MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.), *Droit des obligations*, Defrénois, coll. Droit civil, 8^{ème} éd., 2016, p. 377, n° 703.

²¹⁶⁷ TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. Précis, 11^{ème} éd., 2013, p. 444, n° 398.

Adde COUTURIER (G.), *De la confirmation des actes nuls*, préf. J. Flour, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, t. 121, 1972 ; DUPEYRON (C.), *La régularisation des actes nuls*, préf. P. Hébraud, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, t. 123, 1972.

²¹⁶⁸ C. com., art. L. 235-3 : « L'action en nullité est éteinte lorsque la cause de nullité a cessé d'exister le jour où le tribunal statue sur le fond en première instance, sauf si cette nullité est fondée sur l'illicéité de l'objet social ».

Comp. C. civ., art. 1844-13 : « Le tribunal saisi d'une demande de nullité, peut, même d'office, fixer un délai pour permettre de couvrir les nullités. Il ne peut prononcer la nullité moins de deux mois après la date de l'exploit introductif d'instance ».

bien établi²¹⁶⁹, elle a énoncé le principe selon lequel : « [...] la délibération de l'assemblée extraordinaire modifiant les statuts par la mention des parts détenues par un nouvel associé et la certification par le gérant de ces statuts ainsi modifiés ne constituent pas la régularisation d'une procédure d'agrément inexistante »²¹⁷⁰.

La logique de cette doctrine se soutient en raison de l'absence de texte autorisant la régularisation de la notification absente²¹⁷¹ et, cela, conformément à l'exigence jurisprudentielle d'une interprétation stricte des règles procédurales de l'agrément²¹⁷². Il s'en déduirait donc que, ni les formalités incombant à la société, ni l'absence de notification, élément à la fois déclencheur et probatoire de l'existence de la procédure, ne peuvent être suppléées par un acte de volonté de la société dès lors qu'aucun texte ne l'y autorise²¹⁷³, y compris par une confirmation de la nullité votée à l'unanimité²¹⁷⁴.

Par conséquent, cette conception interdit que la notification puisse être régularisée autrement que par l'associé cédant, voire son cessionnaire le cas échéant, en notifiant effectivement la demande d'agrément. Cette nouvelle demande, valablement notifiée, permettrait alors à la société de se prononcer et ainsi de respecter le schéma processuel légal, dont l'impérativité garantit l'équilibre²¹⁷⁵. À l'image d'une possible réfection d'un contrat nul²¹⁷⁶, cette hypothèse pourrait être désignée par l'expression de « réfection de la procédure d'agrément ». Toutefois, cette possibilité

²¹⁶⁹ Et déjà : Cass. com., 21 mars 1995, Société Alma intervention et autre c/ Mme Roche et autre, *Bull. Joly Sociétés* 1995, p. 529, § 186, note (P.) LE CANNU ; *Rev. sociétés* 1996, p. 77, note (Y.) CHARTIER ; *RTD com.* 1996, p. 67, obs. (Cl.) CHAMPAUD et (D.) DANET ; Cass. com., 9 mai 1990, *Rev. sociétés* 1991, p. 72, note (Y.) CHARTIER ; CA Paris, 15^{ème} ch. B, 19 mars 1982, *RTD com.* 1982, p. 258, comm. (E.) ALFANDARI et (M.) JEANTIN.

Comp. Cass. com., 3 juillet 1990 (lequel admet qu'une cession qui n'a pas été agréée puisse être régularisée par les coassociés).

²¹⁷⁰ À propos d'une société civile : Cass. com., 7 avril 2009, n° 07-14.626, D'Abrohn c/ Acou et Blériot ès-qualité, *RTD com.* 2009, p. 566, comm. (Cl.) CHAMPAUD et (D.) DANET. Confirmé par : Cass. com., 21 janvier 2014, n° 12-29.221, F-P+B, Coruch c/ Salama, *JurisData* n° 2014-000568 ; *Dr. sociétés* 2014, comm. 64, note (D.) GALOIS-COCHET.

Comp. néanmoins à propos de l'acceptation d'un projet de nantissement dans un acte sous seing privé : D. 78-704 du 3 juillet 1978, art. 49, al. 2 (société civile).

²¹⁷¹ À l'exception de l'article L. 229-11, alinéa 2 du Code de commerce relatif à la société européenne. Pour une critique de cette disposition isolée, v. *infra* n° 633.

Comp. néanmoins des textes généraux : C. civ., art. 1854 (société civile) ; C. com., art. L. 223-27, al. 1^{er} (SARL).

²¹⁷² Favorablement à cette conception, v. *supra* n° 304.

²¹⁷³ En ce sens, v. Cass. com., 7 juillet 2004, SA Coprosa, J.-L. Libouban c/ SARL Evoc, R. Cassan, et P. Moll., *Dr. sociétés* 2004, comm. 173, note (J.) MONNET.

Comp. plus soupagement : Cass. com., 21 juillet 1981, *Rev. sociétés* 1981, p. 771, note (J.-J.) DAIGRE : si le gérant a participé, ès qualités, à l'acte de cession, il doit être considéré comme ayant été valablement informé du projet de cession ; Cass. com., 8 juillet 1997, *Bull. Joly Sociétés* 1997, p. 973, note (J.-P.) GARÇON : le projet de cession, vaut notification, puisqu'il contient toutes les informations requises, desquelles elle exclut la numérotation des parts dont la cession est proposée.

²¹⁷⁴ V. le rejet de la confirmation par un vote de l'assemblée à l'unanimité : Cass. com., 21 janvier 2014, n° 12-29. 221, F-P+B, Coruch c/ Salama, *Dr. sociétés* 2014, n° 4, comm. 64, note (D.) GALLOIS-COCHET.

²¹⁷⁵ En ce sens, v. Cass. com., 3 juillet 1990, *Bull. Joly Sociétés* 1990, p. 883, note (P.) LE CANNU ; *Rev. sociétés* 1991, n° 72, note (Y.) CHARTIER. Sur le débiteur de l'obligation de notifier le projet de cession, v. *supra* n° 318.

²¹⁷⁶ TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. Précis, 11^{ème} éd., 2013, p. 444, n° 398.

ne vaut pas en l'absence de notification consécutive à une fusion et, plus largement, toute opération de restructuration sociétaire²¹⁷⁷.

2. Le régime spécial de la sanction applicable aux opérations de restructuration réalisées sans notification.

577. Plan. Les juges du fond sanctionnent de façon particulière le défaut de notification dans cette hypothèse : cette sanction consiste à assimiler exceptionnellement un défaut d'agrément à un refus d'agrément (a). Mais conformément à l'interprétation stricte de ses règles procédurales²¹⁷⁸, la régularisation de l'absence de notification dans cette hypothèse précise fut jugée impossible, non plus par les juges du fond, mais par la Cour de cassation cette fois (b).

a. Le défaut d'agrément valant refus d'agrément.

578. La substitution d'une sanction jurisprudentielle à celle de la nullité. À la suite de la réalisation d'une fusion ou d'une scission²¹⁷⁹, leur nullité ne peut être prononcée faute de pouvoir rétroagir ; la personnalité de l'associée absorbée ou scindée ayant disparu²¹⁸⁰. Cependant,

²¹⁷⁷ Pour la définition de ces clauses et leur différence avec celle de l'agrément, v. *supra* n° 50 et s.

²¹⁷⁸ V. *supra* n° 304.

²¹⁷⁹ V. *supra* n° 257.

²¹⁸⁰ CA Paris (3^{ème} ch. sect. B), 9 février 2006, SA Eurofog c/ SAS Ixsea, *Rev. sociétés* 2006, p. 431, note (I.) URBAIN-PARLEANI, selon ces magistrats : « le retour à l'état antérieur, n'est pas possible en raison de la disparition de la société absorbée ». *Comp.* CA Rennes, 10 janvier 2001, n° 00/02609, Société Sanofi-Synthélabo c/ Société Laboratoires Yves Rocher, où le transfert des titres a été annulé. Cette annulation se justifiait sans doute par la mise sous séquestre des actions. En effet, lorsqu'une opération de restructuration, fusion ou scission, a eu lieu en méconnaissance de la clause d'agrément, la société émettrice des titres transférés sans son agrément peut demander immédiatement, par voie de requête au président du tribunal de commerce, la mise sous séquestre des actions litigieuses. Celle-ci se justifie sur le fondement de l'article 1961 du Code civil lequel prévoit que : « La justice peut ordonner le séquestre : [...] 2° d'un immeuble ou d'une chose mobilière dont la propriété ou la possession est litigieuse entre deux ou plusieurs personnes ». Dans l'hypothèse susvisée, la propriété des titres est incontestablement litigieuse car le propriétaire initial n'existe plus, et leur transfert à la société bénéficiaire de l'opération est contesté. Seule une décision au fond ayant force de chose jugée peut mettre fin au séquestre.

Rapp. de décisions ayant admis le séquestre dans le cadre de l'application de clauses d'agrément ou de préemption (citées par CONSTANTIN (A.), « L'application des clauses d'agrément en cas de fusion ou scission : le poids des mots, le choc des principes », note sous Cass. com., 11 mars 2003, Sanofi-Synthélabo c/ Financière Yves Rocher et Laboratoires Yves Rocher, n° 455, F-D, *Bull. Joly Sociétés* 2003, p. 742, *spéc.* n° 23) : CA Paris, 12 décembre 1990, *Bull. Joly Sociétés* 1991, p. 595, note (M.) JEANTIN : « L'incertitude sur les conditions dans lesquelles les actionnaires d'une société ont été mis en mesure de pouvoir exercer leur droit éventuel de préemption constitue une cause de différend sérieux puisqu'elle peut, selon les cas, conduire le juge du fond à annuler l'acte de cession, voire à décider qu'il y a lieu à substitution d'actionnaires. Cette incertitude, jointe à l'urgence de préserver les droits des actionnaires, alors que les titres litigieux disposent d'une minorité de blocage, justifie la mesure de séquestre prononcée par le juge des référés » ; CA Montpellier, 4 octobre 1990, *Bull. Joly Sociétés* 1992, p. 777, note (A.) COURET : « dès lors que le conseil d'administration d'une société a considéré que les transferts d'actions et de parts sociales ont été opérés au mépris des règles légales et statutaires, qu'ils étaient nuls et non opposables à la société, il existe une contestation sérieuse sur la propriété des titres litigieux autorisant le juge des référés à ordonner une mesure de séquestre » ; CA Versailles, 28 mai 1998, *Bull. Joly Sociétés* 1998, p. 1055, note (F.-X.) LUCAS).

Adde les opinions exprimées par : JEANTIN (M.), « Clauses d'agrément et fusion de sociétés commerciales », *Dr. sociétés* 1988, p. 2, *spéc.* n° 10 ; COQUELET (M.-L.), *La transmission universelle du patrimoine en droit des sociétés*, thèse Paris X, 1994, p. 328, n° 504 et n° 505.

bien qu'à défaut d'agrément, la transmission de la qualité d'associé à la société bénéficiaire soit neutralisée, cette dernière reste titulaire de la valeur patrimoniale des droits sociaux en raison de son bénéfice de la dévolution universelle. La qualité d'associé est de la sorte paralysée, tandis que cette valeur est transférée. Cet état de fait et de droit implique certaines conséquences.

Comme le résumant les professeurs Le Cannu et Dondero, la société absorbante ne reçoit « [...] que la finance du titre et non la qualité d'actionnaire ; elle ne peut donc voter avec les actions de l'absorbée »²¹⁸¹. Cette situation ne saurait toutefois perdurer. En effet, faute d'agrément, l'ayant cause de l'ancien associé est assimilable à un croupier, mais qui ne bénéficie pas du soutien de sa monture car la société dissoute était seule titulaire de la qualité d'associé.

Dès lors, à la suite de sa dissolution, la cause de l'attribution de ses droits sociaux a disparu avec elle. Ils deviennent donc caducs²¹⁸². La sanction corrélatrice de l'absence de notification préalable devrait être celle de l'inopposabilité de cette opération, à la société dont les droits sociaux furent transférés sans son agrément. Plus précisément, le transfert lui est certes inopposable, mais pas la dissolution de son associée. À l'instar des ayants cause d'un associé décédé dont l'agrément est refusé, le bénéficiaire de la transmission universelle du patrimoine hérite du droit au remboursement des apports de son auteur. Cette situation explique le dévoiement du dispositif de rachat fait par les juridictions du fond dans leurs décisions les plus récentes²¹⁸³.

Une telle solution peut être critiquée à plusieurs égards, sans pour autant que tous ces arguments soient réellement convaincants. Ainsi sera-t-il toujours possible d'opposer à l'efficacité de ce dispositif, l'impossible exercice du droit de repentir du cédant en raison de sa disparition ou, que le caractère d'ordre public de ce droit neutraliserait l'application du dispositif de rachat²¹⁸⁴. Cette impossibilité n'est néanmoins pas un obstacle dirimant à l'exécution de ce dernier car, en

Rappr. à propos de la nullité de contrats conclus entre deux sociétés parties à une opération de fusion, v. CA Versailles, 12^{ème} ch., sect. 2, 27 janvier 2005, *RTD com.* 2005, p. 365, note (P.) LE CANNU.

²¹⁸¹ LE CANNU (P.), DONDERO (B.), *Droit des sociétés*, Montchrestien, 6^{ème} éd., 2015, p. 986, n° 1576. Les auteurs ajoutent : « [...] mais elle bénéficie des droits pécuniaires attachés aux actions ». Cette affirmation ne semble plus vraie depuis un arrêt rendu à propos de la transmission successorale des droits sociaux, mais transposable aux opérations de restructuration : Cass. com., 14 décembre 2004, n° 01-10.893, *Bull. civ.* 2004, IV, n° 230, p. 260, *RTD com.* 2005, p. 126, obs. (M.-H.) MONSÉRIÉ-BON : « Les héritiers d'un GAEC n'ont pas droit aux bénéfices postérieurement au décès », solution transposable à l'ensemble des sociétés.

²¹⁸² Partageant cette opinion, v. GUYON (Y.), *Droit des affaires, Droit commercial général et Sociétés*, t. 1, Economica, 12^{ème} éd., 2003, p. 799, n° 745.

Adde AUBRY (M.-C.), « Retour sur la caducité en matière contractuelle », *RTD civ.* 2012, p. 625.

²¹⁸³ CA Paris (3^{ème} ch. sect. B), 9 février 2006, SA Eurofog c/ SAS Ixsea, *Rev. sociétés* 2006, p. 431, note (I.) URBAIN-PARLEANI, les juges du second degré soulignent particulièrement le détournement de la finalité du dispositif : « Il y a lieu par la suite d'appliquer le dispositif de rachat prévu à l'article L. 228-24 en cas de refus d'agrément, étant observé que ce dispositif vise à tirer les conséquences d'un défaut d'agrément ».

²¹⁸⁴ BERTREL (J.-P.), « Fusions-acquisitions et clause d'agrément : du nouveau en jurisprudence », *Dr. et patrimoine* octobre 2003, n° 119 ; LIENHARD (A.), note sous Cass. com., 6 mai 2003, n° 01-12.567 et n° 01-30.172, Société Sanofi Synthélabo c/ Société Laboratoires Yves Rocher, *D.* 2003, p. 1438.

consentant à l'opération de restructuration, la société disparue a en même temps consenti à ne plus être associée de la société dont elle tenait ses droits sociaux. En pareille circonstance, puisque la finalité du droit de repentir est de ne pas évincer un associé contre son gré, son exercice n'a plus de raison d'être.

579. Observations générales du a. : la sanction du défaut de notification en présence d'une opération de restructuration. La nullité du transfert non-agréé n'est sans doute pas la sanction adaptée puisqu'elle oblige, dans cette hypothèse particulière, à détourner le dispositif du rachat de sa finalité initiale. Au contraire, le régime de l'inopposabilité du transfert des droits sociaux y semblerait plus adapté²¹⁸⁵, d'autant plus qu'il coïncide avec l'exigence formulée par la Cour de cassation selon laquelle, la notification postérieure à l'opération juridique réalisée est sans effet vis-à-vis de la société²¹⁸⁶.

Toutefois, l'application de l'inopposabilité reste incomplète, sans prise en compte du droit pour le bénéficiaire de cette opération au remboursement des apports de son auteur²¹⁸⁷. En effet, si l'attribution des droits sociaux est caduque, alors les apports réalisés en vue de cette attribution le sont aussi. Ce remboursement peut paraître une lourde charge imposée à la société dont les droits font partie d'une opération à laquelle elle n'a pas consentie. Mais elle ne peut toutefois y échapper, sous peine de profiter d'un enrichissement injustifié. La solution médiane consisterait alors à consacrer, au profit de ce bénéficiaire, un droit similaire à celui de l'héritier non-agréé d'un associé décédé. D'une manière générale, afin d'éviter les incertitudes liées à cette sanction, anticiper ce risque est préférable, non seulement pour les parties à l'opération, mais aussi pour la société.

580. Les mesures d'anticipation préconisées. Afin d'éviter ces conséquences lorsque la prise de participation dans la société tierce a un caractère déterminant de l'opération, une solution consiste à céder les droits sociaux, avant de procéder à la fusion. En cas de refus d'agrément, la société cédante bénéficiera alors de la procédure de rachat, laquelle lui permettra au moins de négocier le prix de cession de ses droits.

²¹⁸⁵ V. *supra* n° 569, n° 632 (droit prospectif).

²¹⁸⁶ Cass. com., 6 mai 2003, n° 01-12.567, Société Sanofi Synthélabo c/ Société Laboratoires Yves Rocher, *LPA* 8 janvier 2004, n° 6, p. 15, note (B.) ESPESSON-VERGEAT. La Cour de cassation juge sans effet la demande présentée postérieurement à l'opération : « Mais attendu qu'il résulte de l'alinéa 1^{er} de l'article L. 228-24 du Code de commerce, selon lequel, si une clause d'agrément est stipulée, la demande d'agrément indiquant les nom, prénom et adresse du cessionnaire, le nombre des actions dont la cession est envisagée et le prix offert est notifiée à la société, et du dernier alinéa de l'article L. 228-23 du même Code, **selon lequel toute cession effectuée en violation d'une clause d'agrément figurant dans les statuts est nulle, que la demande d'agrément doit être formulée préalablement à la réalisation de l'opération envisagée** ; qu'en énonçant que l'agrément du conseil d'administration de la société Laboratoires Yves Rocher aurait dû être sollicité préalablement à l'opération de fusion absorption envisagée, **la Cour d'appel, abstraction du motif surabondant critiqué par la troisième branche, a déclaré à bon droit que la demande présentée postérieurement par la société absorbante avait été sans effet [...]** » (nous le soulignons).

²¹⁸⁷ V. *infra* n° 634.

Une autre solution préconisée par la majorité des auteurs réside dans la stipulation d'une condition suspensive ayant pour objet l'agrément de la société tierce²¹⁸⁸. Cependant, le réalisme de cette précaution fut mis en doute pour les opérations de grande envergure²¹⁸⁹. Elle semble en outre inutile, car il résulte des textes l'exigence d'un agrément préalable, laquelle confère *de facto* à ce dernier la nature de cette modalité.

D'une manière générale, les conseils des parties en présence doivent appréhender et adapter la procédure d'agrément dans la mesure de la liberté laissée par le législateur²¹⁹⁰, et cela, dès les préparatifs de l'opération sociétaire afin d'éviter tout blocage postérieur à la disparition de la société fusionnée ou absorbée²¹⁹¹. De même, afin d'anticiper tout risque de contentieux, la clause d'agrément, contenue dans les statuts de la société dont les droits sociaux sont l'objet du transfert, nécessite d'être rédigée avec la plus grande clarté et vigilance. Cette anticipation est d'autant plus préconisée que la régularisation d'une notification absente fut jugée impossible.

b. L'impossible régularisation de la notification dans le cadre d'une opération de restructuration.

581. Une règle identique à celle de l'absence de notification d'un projet de cession²¹⁹².
À propos d'un litige relatif à une société anonyme, mais transposable à l'ensemble des sociétés, il fut jugé que la demande d'agrément devait être formulée préalablement à la réalisation de l'opération envisagée, celle présentée postérieurement étant sans effet²¹⁹³. Cette solution,

²¹⁸⁸ COURET (A.) et PERRIER (C.), « Les effets d'une clause d'agrément érigée en condition suspensive », *Bull. Joly Sociétés* 1999, p. 318.

Rappr. JEANTIN (M.), « Clauses d'agrément et fusion de sociétés commerciales », *Dr. sociétés* 1988, p. 2 ; URBAIN-PARLEANI (I.), « La fusion-absorption à l'épreuve des clauses d'agrément », in *Aspects actuels du droit des affaires : mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p. 1073 et p. 1074.

²¹⁸⁹ CONSTANTIN (A.), « L'application des clauses d'agrément en cas de fusion ou scission : le poids des mots, le choc des principes », *Bull. Joly Sociétés* 2003, p. 742, *spéc.* n° 21.

²¹⁹⁰ Liberté laissée volontairement ou involontairement d'ailleurs. Les rédacteurs devront particulièrement veiller au fait que la loi n'organise pas le régime du refus d'agrément en cas d'opérations de restructuration. Il leur est également recommandé de prévoir le plus clairement possible les modalités d'information des parties, celles des procédures de contrôle de l'actionnariat et d'évaluation des actions, et enfin, les réparations envisageables si la fusion n'aboutissait pas.

²¹⁹¹ V. en ce sens : ESPESSON-VERGEAT (B.), note sous Cass. com., 6 mai 2003, n° 01-12.567 et n° 01-30.172, Société Sanofi Synthélabo c/ Société Laboratoires Yves Rocher, *LPA* 2004, n° 6, p. 15. L'auteur préconise de demander l'agrément de la société absorbante avant le vote des assemblées générales sur l'autorisation de l'opération de fusion, et même avant la signature du projet de fusion. Cependant, cette démarche n'est pas sans risque car elle est susceptible de porter atteinte au secret des affaires de sociétés en voie de restructuration. L'auteur conseille dès lors de faire signer le projet de fusion sous la condition suspensive de l'obtention de l'agrément.

²¹⁹² V. *supra* n° 576. Précédemment, il a été observé que la cause de la nullité de la cession était insusceptible de régularisation.

²¹⁹³ Cass. com., 6 mai 2003, n° 01-12.567, Société Sanofi-Synthélabo c/ Société Laboratoires Yves Rocher, *Bull. civ.* 2003, IV, n° 70, p. 79 ; *D.* 2003, p. 1438, note (A.) LIENHARD ; *RTD com.* 2003, p. 525, obs. (J.-P.) CHAZAL et (Y.) REINHARD ; *D.* 2004, p. 273, note (J.-Cl.) HALLOUIN ; *Dr. et patrimoine* octobre 2003, n° 119, p. 36, obs. *crit.* (J.-P.) BERTREL ; *JCP* 2003, II, 10181, note *crit.* (B.) THULLIER.

exceptionnelle par rapport au droit commun des sociétés, doit être approuvée à l'orée des particularités d'une fusion réalisée sans demander l'agrément²¹⁹⁴.

Précédemment, il a été observé que, faute d'agrément, le bénéficiaire de l'opération était assimilable à un croupier, mais qu'il ne bénéficiait pas du soutien de sa monture puisque la société dissoute était seule titulaire de la qualité d'associé²¹⁹⁵. Dès lors, corrélativement à cette dissolution, la cause de l'attribution des droits sociaux disparaissait également. Ils devenaient ainsi caducs et, par conséquent, leur valeur remboursable.

C'est donc logiquement que la Cour de cassation interdit qu'une régularisation de la procédure d'agrément soit faite, par une demande postérieure à la réalisation de la transmission universelle, et cela, en dépit de son admission ponctuelle par la loi²¹⁹⁶. Admettre le contraire dans ce cas précis aurait, semble-t-il, porté atteinte à l'impérativité procédurale, non seulement en raison de sa contrariété à l'exigence d'un agrément préalable²¹⁹⁷, mais aussi, de la brèche ouverte aux tentatives de fraude, spécialement si la société concernée par l'agrément négligeait cette notification tardive et laissait courir les délais.

Le défaut de notification est ainsi susceptible d'être sanctionné vis-à-vis du transfert des droits sociaux, comme à l'égard de certaines personnes dont la responsabilité civile pourrait être engagée.

II. La possibilité d'engager certaines responsabilités civiles.

En l'absence de demande d'agrément valablement notifiée, certaines responsabilités civiles pourront être engagées : celle de l'associé cédant en tant que débiteur de la notification²¹⁹⁸, et éventuellement, celle du rédacteur de la convention de transfert en sa qualité de mandataire des parties.

582. L'associé cédant. En fonction de la qualité du demandeur à l'action, le cédant peut voir sa responsabilité contractuelle ou délictuelle engagée.

²¹⁹⁴ Il a été précédemment constaté que si la Cour de cassation n'admet pas la régularisation par la société de l'absence de notification, elle accepte en revanche sa régularisation par le cédant, voire par le cessionnaire (Cass. com., 26 mars 1996, p. 799, Inguibert-Vignal c/ Albertini, *Rev. sociétés* 1996, p. 799, note (Y.) CHARTIER). V. *supra* n° 319.

²¹⁹⁵ V. *supra* n° 261 et s.

Pour l'hypothèse d'une fusion-absorption en sens inverse (l'associée est absorbante), v. *supra* n° 199.

²¹⁹⁶ C. com., art. L. 229-11, al. 2 (société européenne). Pour plus de détails à ce propos, v. *supra* n° 575.

Pour une critique de cette solution, v. LIENHARD (A.), « Confirmation de la validité des clauses soumettant à agrément les fusions-absorptions », *D.* 2003, p. 1438.

²¹⁹⁷ V. *supra* n° 326.

²¹⁹⁸ V. *supra* n° 318.

Sous réserve des limites engendrées par la disparition de sa personnalité juridique et des restrictions liées à la transmissibilité des engagements conclus *intuitu personae*, la société peut engager contre son ancien associé une action en responsabilité fondée sur la violation des statuts.

Au contraire, sa responsabilité sera en principe de nature délictuelle à l'égard de son ayant cause. En effet, la notification de la demande d'agrément étant une obligation légale du cédant déduite des textes par la jurisprudence, celui-ci pourrait voir sa responsabilité engagée sur le fondement de l'article 1240 du Code civil²¹⁹⁹. Toutefois, cette obligation ne figurant pas expressément dans la loi, mieux vaut la stipuler dans le projet de convention afin d'en assurer une source fiable. De la sorte cette obligation acquiert une nature contractuelle et, à défaut d'exécution, engage la responsabilité de l'associé cédant sur ce fondement. En outre, il fut jugé qu'à défaut d'avoir notifié le projet de cession, le cédant ne pouvait contraindre le cessionnaire à acquérir ses droits²²⁰⁰, mais qu'il pouvait, néanmoins, engager la responsabilité contractuelle du rédacteur de la convention de transfert à qui fut confié la charge de notifier la demande d'agrément.

583. Le rédacteur de l'acte. Plusieurs arrêts ont décidé que le rédacteur de l'acte de cession ayant omis de notifier le projet en vue de l'agrément engageait sa responsabilité contractuelle en tant que mandataire des parties. Est par exemple constitutive d'une telle faute, la notification faite aux associés alors que la loi précise que son destinataire est la société²²⁰¹. Cette sévérité est logique et s'inscrit dans le rejet d'un formalisme procédural de substitution²²⁰². La responsabilité du

²¹⁹⁹ Cass. com., 24 avril 1990, Jeandet c/ Dassa, *Bull. Joly Sociétés* 1990, p. 651, note (P.) LE CANNU. V. *supra* n° 318.

V. à propos de la difficulté à évaluer ce type de dommage : DESHAYES (O.), « Le dommage précontractuel », *RTD com.* 2004, p. 187.

Rappr. Cass. com., 26 novembre 2003, Société Alain Manoukian c/ Thierry Wajsfisz, *D.* 2004, jurispr. p. 869, note (S.) DUPRÉ-DALLEMAGNE ; *Rev. sociétés* 2004, p. 325, note (N.) MATHEY.

²²⁰⁰ À propos d'une promesse d'achat de parts de SARL, v. Cass. com., 24 avril 1990, *Bull. Joly Sociétés* 1990, p. 651, note (P.) LE CANNU.

Rappr. Cass. com., 27 mars 1990, *D.* 1991, jurispr., p. 503, note (J.) BONNARD ; *Bull. Joly Sociétés* 1990, p. 442, note (P.) LE CANNU.

²²⁰¹ V. spécialement sur le fondement de l'article L. 228-24 du Code de commerce relatif aux SA : CA Paris, 1^{ère} ch. A, 16 mai 2006, Mme Diop Sene c/ Maître C., *RTD com.* 2006, p. 614, note (Cl.) CHAMPAUD et (D.) DANET. Dans cette affaire, la Cour d'appel de Paris a donné raison à la plaignante en déclarant Maître C., avocat, entièrement responsable de tous les préjudices qu'elle avait subis lesquels, sur le plan matériel, étaient constitués « des frais et honoraires qu'elle a[vait] avancé en pure perte pour la réalisation des actes de cession et des sommes qu'elle a[vait] versées sans contrepartie au titre de cette cession ». Et inversement, la notification n'est pas valable lorsqu'elle n'a pas été faite aux associés, en plus de la société, lorsque la loi l'imposait, v. sur le fondement de l'article L. 223-14 du Code de commerce relatif aux SARL : Cass. com., 24 avril 1990, *Bull. civ.* 1990, IV, n° 124, p. 81 ; Cass. com., 9 mai 1990, *Bull. civ.* 1990, IV, n° 145, p. 97 ; *Rev. sociétés* 1991, p. 72, note (Y.) CHARTIER ; *Bull. Joly Sociétés* 1990, p. 653, note (P.) LE CANNU ; Cass. com., 9 novembre 1993, J.-P. Barrault c/ Société Création J.-P. Simart et autres, *D.* 1994, p. 435, note (D.) VELARDOCCHIO ; *Rev. sociétés* 1994, p. 472, note (J.-P.) LEGROS. V. également : Cass. 3^{ème} civ., 6 mai 1987, n° 85-13. 702 ; CA Paris, 15^{ème} ch. Sect. A, 26 février 1996, Le Guiffant c/ Société Les trois joyaux, *Bull. Joly Sociétés* 1992, p. 547, note (P.) LE CANNU : « Considérant que Maître Le Guiffant, en sa qualité de conseiller juridique, rédacteur de l'acte de cession de parts dont il s'agit, a manqué à son devoir de conseil et ce, d'autant plus que l'accomplissement des formalités de l'article 45 de la loi du 24 juillet 1966 fait partie du travail courant d'un professionnel comme lui ».

²²⁰² V. *supra* n° 304.

rédacteur pourrait également être engagée s'il avait conscience de la fraude à l'agrément, constituée par son acte : « *fraus omnia corrumpit* ».

§ II. La fraude à l'agrément.

584. Plan. Deux situations proches se distinguent néanmoins : celle de l'acquisition de droits sociaux par prête-nom et celle faite par interposition de personne. Au regard de la procédure d'agrément, si la première est licite (I), la seconde peut être jugée frauduleuse lorsque certaines conditions sont réunies (II). Elle fut longtemps la seule cause admise de nullité du transfert des droits sociaux réalisé sans agrément²²⁰³.

I. La simulation licite.

585. La convention de croupier. L'acquisition par prête-nom est une figure juridique connue depuis longtemps en droit des sociétés sous le nom de convention de croupier²²⁰⁴. Même si le principe de sa licéité ne figure plus dans le Code civil²²⁰⁵, la jurisprudence valide la simulation réunissant les conditions de validité d'une cession²²⁰⁶. Par conséquent, une telle convention

²²⁰³ Cass. com., 27 juin 1989, Société Barilla c/ Société Rivoire et Carret Lustrucru, *Bull. civ.* 1989, IV, n° 209, *Bull. Joly Sociétés* 1989, p. 815, note (P.) LE CANNU ; *D.* 1990, p. 314, note (J.) BONNARD ; *Deffrénois* 1990, art. 1223, note (J.) HONORAT ; sur pourvoi de CA Grenoble 30 juin 1988, *JCP* 1989, II, n° 15471, note (B.) OPPETIT ; *RD bancaire* 1988, p. 200, obs. (M.) JEANTIN et (A.) VIANDIER ; *RDC* 1988, p. 640, obs. (Y.) REINHARD.

²²⁰⁴ NÉRET (J.), *Le sous contrat*, préf. P. Catala, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, t. 163, 1979, p. 119, n° 148 : « Le croupier ne peut être considéré comme un sous-associé : il ne peut en effet ni être représenté à l'intérieur de la société, ni collaborer à la gestion de la part dans la société, ni prendre connaissance des résultats sociaux, ni contrôler la gestion de l'associé, ni agir directement contre la société... Le croupier n'est pas davantage l'associé de celui qui le prend en croupe. Il manque à la convention "deux éléments essentiels du contrat de société : l'*affectio societatis* et la mise en commun de prestations réciproques" » (citant SCHWING (A.), « La nature juridique du droit du croupier », *Rev. sociétés* 1935, p. 152).

Adde VIAL-PEDROLETTI (B.), *L'interposition de personnes dans les sociétés commerciales*, thèse Aix-en-Provence, 1986 ; RICHARD (J.), « La convention de croupier », *Dr. sociétés* 1986, p. 3 ; LEDUC (F.), « Réflexions sur la convention de prête-nom, contribution à l'étude de la représentation imparfaite », *RTD civ.* 1999, p. 283 ; URBAIN-PARLEANI (I.), « La convention de croupier et la société en participation », *Rev. sociétés* 1999, p. 753.

²²⁰⁵ La validité de cette convention était expressément admise par le Code civil de 1804 à l'ancien article 1861, avant son abrogation par la loi du 4 janvier 1978. Il disposait : « Chaque associé peut, sans le consentement de ses associés, s'associer une tierce personne relativement à la part qu'il a dans la société. Il ne peut pas, sans ce consentement, l'associer à la société, lors même qu'il en aurait l'administration ». Pour le commentaire de cet article, v. TROPIONG (M.), *Du contrat de société civile et commerciale*, t. 1, éd. Charles Hingray, 1843, p. 233.

Adde GUYON (Y.), « Les dispositions générales de la loi du 4 janvier 1978 », *Rev. sociétés* 1979, p. 3.

²²⁰⁶ Cass. com., 15 décembre 1998, n° 97-15.897, *Deffrénois* 15 novembre 1999, p. 1184, note (J.) HONORAT, lequel soulève les difficultés liées à cette qualification : « La convention de croupier, du seul fait qu'elle est une opération juridique à trois personnes, n'a pas d'affinités véritables avec la vente ou la société en participation. En revanche, ne suggère-t-elle pas un rapprochement avec le contrat de commission ? Dans les deux cas, en effet, une personne souscrit, en son nom personnel et sous sa responsabilité, un contrat dont elle transmet ensuite les bénéfices et les charges à une autre personne, qui reste ignorée de son cocontractant d'origine. Peut-être serait-il plus facile, dans cette perspective, de déterminer les droits et obligations incombant à chacun dans cette opération qui, comme quelques autres, en particulier la promesse de porte-fort, se rattache à la technique, relativement rare en droit français moderne, de la représentation imparfaite. Ainsi également apparaîtrait mieux la parenté entre la convention de croupier et la convention de portage qui est parfois présentée comme son succédané. Mais il ne s'agit là, bien évidemment, que de suggestions ».

pourrait être valablement conclue entre l'associé cédant et le cessionnaire en cas de refus d'agrément, ne serait-ce qu'aux termes de l'article 1201 du Code civil, lequel valide les contre-lettres tout en posant le principe de leur inopposabilité aux tiers²²⁰⁷. En outre, la convention de croupier n'est qu'un succédané de la convention de cession car seules quelques prérogatives sociétaires sont transmises au croupier²²⁰⁸. Toutefois, au-delà du transfert de prérogatives pécuniaires, ce sont surtout des informations stratégiques qui peuvent de la sorte circuler et présenter un danger pour la survie de la société.

La validité de cet acte juridique réside dès lors dans sa dissimulation. Si la société ou les associés ont connaissance de l'acte occulte, ils peuvent, en leur qualité de tiers, écarter la protection légale de cet article et se prévaloir de l'acte simulé²²⁰⁹. Ils pourront alors obtenir la nullité du transfert secret pour méconnaissance de la procédure d'agrément²²¹⁰, ou pourquoi pas, si les conditions en sont réunies, sur le fondement généraliste de la fraude.

II. La dissimulation illicite.

586. Interposition de personne et intention frauduleuse. Le montage frauduleux consiste à faire acquérir les droits sociaux par une personne, physique ou morale²²¹¹, laquelle sert de masque au véritable cessionnaire²²¹². Licite lorsqu'il est qualifié de convention de croupier, la

Cass. com., 26 mars 1996, Inguibert-Vignal c/ Albertini, *Rev. sociétés* 1996, p. 799, note (Y.) CHARTIER ; *JCP E* 1996, 884, obs. (E.) JEULAND ; « [...] que l'acquisition de parts sociales par prête-nom ne constituant pas en elle-même une cause de nullité de la cession, la cour d'appel n'avait pas à répondre aux conclusions sans portée invoquées par la deuxième branche » ; CA Paris, 19 février 1979, (2 espèces), *Rev. sociétés* 1980, p. 283, note (D.) RANDOUX.

²²⁰⁷ C. civ., art. 1201 : « Lorsque les parties ont conclu un contrat apparent qui dissimule un contrat occulte, ce dernier, appelé aussi contre-lettre, produit effet entre les parties. Il n'est pas opposable aux tiers, qui peuvent néanmoins s'en prévaloir. »

Adde ANDREU (L.), THOMASSIN (N.), *Cours de droit des obligations*, Gualino, 2^{ème} éd., 2017, p. 288, n° 763.

²²⁰⁸ V. également son utilité pour pallier les effets d'un refus d'agrément dans le cadre d'une SNC, v. *supra* n° 468-2.

Néanmoins, lorsque les droits du croupier sont plus importants que ceux du titulaire des parts, une telle convention peut constituer « une cession déguisée, cession qui, faite sans le consentement des autres associés, est interdite par l'article 19 de la loi du 24 juillet 1966 [C. com., art. L. 221-13] » (v. les références mentionnées par MERLE (Ph.), avec la collaboration de FAUCHON (A.), *Droit commercial, Sociétés commerciales*, Dalloz, coll. Précis, 20^{ème} éd., 2017, p. 198, n° 190, note de bas de page n° 3).

²²⁰⁹ Par exemple : Trib. com. Paris, 12 mars 1979, *Rev. sociétés* 1980, p. 284, note (D.) RANDOUX. Pour plus de précisions sur l'action en déclaration de simulation, v. TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. Précis, 11^{ème} éd., 2013, p. 601, n° 554.

²²¹⁰ Sur le fondement d'un défaut de notification si la procédure d'agrément n'a pas eu lieu, v. *supra* n° 564 et s.

²²¹¹ V. par exemple les faits de la célèbre affaire Barilla contre Lustucru : Cass. com., 27 juin 1989, Société Barilla c/ Société Rivoire et Carret Lustrucru, *Bull. civ.* 1989, IV, n° 209, *Bull. Joly Sociétés* 1989, p. 815, note (P.) LE CANNU ; *D.* 1990, p. 314, note (J.) BONNARD ; *Deffrénois* 1990, art. 1223, note (J.) HONORAT ; sur pourvoi de CA Grenoble 30 juin 1988, *JCP* 1989, II, n° 15471, note (B.) OPPETIT ; *RD bancaire* 1988, p. 200, obs. (M.) JEANTIN et (A.) VIANDIER ; *RDC* 1988, p. 640, obs. (Y.) REINHARD.

²²¹² Le vocabulaire juridique de l'association Henri Capitant définit plus précisément l'interposition de personne comme « une espèce de simulation consistant, dans un acte juridique ostensible, à faire figurer en nom comme titulaire apparent du droit une personne qui se prête au jeu alors qu'en vertu de la volonté réelle des parties, en général consignée dans une contre-lettre, le véritable intéressé est une autre personne tenue secrète » (CORNU (G.), (sous la direction de), *Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant*, préf. G. Cornu, P.U.F., coll. Quadrige, 11^{ème} éd., 2016, p. 569, v. « Interposition de personne »).

jurisprudence se réserve le droit de sanctionner ce montage sur le fondement de la fraude, celle-ci étant constituée : « [...] chaque fois que le sujet de droit parvient à se soustraire à l'exécution d'une règle obligatoire par l'emploi à dessein d'un moyen efficace, qui rend ce résultat inattaquable sur le terrain du droit positif »²²¹³.

Ainsi la fraude consiste-t-elle à utiliser le montage précité comme « moyen efficace », pour soustraire le cessionnaire occulte au domaine de l'agrément de la société, règle obligatoire d'origine légale ou statutaire, en présentant un cessionnaire de façade, admissible à entrer dans la société. Une fois le cessionnaire apparent introduit dans la société tel un cheval de Troie²²¹⁴, une seconde cession aura généralement lieu, sans agrément, au profit de l'intéressé si le premier cessionnaire est une personne physique, sinon, il se contentera de prendre le contrôle de l'associé - personne morale. Deux exemples issus de la jurisprudence illustrent ces hypothèses.

- Dans une affaire ayant fait l'objet d'un pourvoi en cassation, jugé le 21 janvier 1997 par la Chambre commerciale²²¹⁵, l'associé d'une SARL voulait céder ses parts à sa sœur. Afin de contourner l'agrément, il les céda d'abord à sa mère, laquelle les céda ensuite à sa fille ; la cession dans cette société étant libre d'agrément entre ascendants et descendants, mais pas entre collatéraux²²¹⁶.

- Dans une autre affaire connue sous le nom de leurs célèbres protagonistes, les sociétés Barilla, Rivoire et Carret-Lustrucru²²¹⁷, un groupe d'actionnaires minoritaires de cette dernière céda ses actions aux actionnaires majoritaires, laquelle cession échappait à l'agrément en raison de l'interdiction d'alors faite aux sociétés par actions de stipuler une telle clause²²¹⁸. Les cessionnaires-majoritaires contrôlant alors 100 % de la société, ils cédèrent ensuite le contrôle de celle-ci à un cessionnaire occulte (lequel était un concurrent), ce qui eut pour effet de le faire devenir actionnaire sous couvert de la personnalité morale de la première société²²¹⁹.

587. La preuve de la fraude. Techniquement, rien dans ces affaires ne démontre l'illicéité de

Adde DUBOIS-De LUZY (A.), *L'interposition de personne*, préf. B. Ancel, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, t. 519, 2010.

²²¹³ VIDAL (J.), *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*, préf. G. Marty, Dalloz, 1957, p. 208.

²²¹⁴ GUYON (Y.), *Traité des contrats, Les sociétés. Aménagements statutaires et conventions entre associés*, L.G.D.J., 5^{ème} éd., 2002, p. 182, n° 106.

²²¹⁵ Cass. com., 21 janvier 1997, SARL Le Cristal c/ Consorts Groc, *RTD civ.* 1997, p. 652, note (J.) MESTRE ; *Bull. Joly Sociétés* 1997, n° 5, p. 464, note (P.) LE CANNU ; *Rev. sociétés* 1997, p. 349, note (D.) BUREAU ; *LPA* 1999, n° 30, p. 15, note (P.) ÉTAIN.

²²¹⁶ V. à propos de la source de l'agrément, *supra* n° 96.

²²¹⁷ Cass. com., 27 juin 1989, Société Barilla c/ Société Rivoire et Carret Lustrucru, *préc.*

²²¹⁸ V. *supra* n° 110.

²²¹⁹ V. pour le refus d'appliquer l'agrément à une prise de contrôle indirecte de la société, *supra* n° 199.

ces montages par rapport aux règles légales ou statutaires, lesquelles furent apparemment respectées à la lettre. Toute la difficulté réside dans la preuve de la contrariété de l'intention de l'auteur de la fraude à l'esprit de la règle de droit.

La concomitance des différentes cessions entre les protagonistes peut être un élément de preuve, sans toutefois faire présumer la fraude²²²⁰. L'absence d'*affectio societatis* fut jugée comme un élément corroborant cette concomitance²²²¹. Cependant, la pertinence de ce moyen de preuve est remise en cause depuis qu'un arrêt de la Haute juridiction a posé que : « [...] l'*affectio societatis* n'est pas requise pour la formation d'un acte emportant cession de droits sociaux »²²²².

Si l'*affectio societatis* est inutile pour former la cession, elle l'est *a fortiori* pour prouver une cession frauduleuse. Cette solution doit être approuvée en dépit de l'ambivalence de la position de la Cour de cassation sur cette notion, la rejetant dans un cas, l'admettant dans un autre²²²³. En réalité, l'*affectio societatis* défini comme « la volonté de chaque associé de mettre en commun des biens dans l'intérêt commun »²²²⁴, ou encore comme « la volonté des associés de collaborer ensemble, sur un pied d'égalité, au succès de l'entreprise commune »²²²⁵, et dont l'intensité est « multiforme »²²²⁶, n'exprime que la subjectivité dont est parfois assorti le consentement au contrat de société : l'*intuitu personae*, lequel influe sur la définition de l'intérêt commun des associés²²²⁷. Comment

²²²⁰ Pour l'admission de la fraude sur le fondement de la concomitance des cessions en plus d'autres éléments, v. Cass. com., 27 juin 1989, Société Barilla c/ Société Rivoire et Carret Lustrucru, *précité*; Cass. com., 21 janvier 1997, SARL Le Cristal c/ Consorts Groc, *préc.*; CA Paris, 3^{ème} ch. B., 6 novembre 2008, RG n° 07/18097, Société Central Ambulances c/ Société Ambulances auxerroises, *RTD com.* 2009, p. 162, note (Cl.) CHAMPAUD et (D.) DANET.

Comp. pour un rejet de la seule concomitance comme preuve de la fraude : Cass. com., 13 décembre 1994, Affaire du Midi Libre, *Bull. Joly Sociétés* 1995, p. 152, note (P.) LE CANNU, « la prise de participation, même majoritaire, dans le capital d'une ou plusieurs sociétés actionnaires d'une autre société ne constitue pas, par elle seule, une fraude ayant pour objet ou pour effet d'éluider des clauses statutaires de la société, à défaut d'éléments permettant de caractériser cette fraude ».

²²²¹ Cass. com., 21 janvier 1997, SARL Le Cristal c/ Consorts Groc, *précité*, « Vu le principe *fraus omnia corrumpit*, ensemble les articles 44 et 45 de la loi du 24 juillet 1966 ; ... attendu qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher, comme l'y invitaient les conclusions de la société, si la cession concomitante des parts sociales litigieuses conclues entre Monsieur Groc et sa mère, Madame Pierrette Groc, laquelle n'était animée d'aucune *affectio societatis*, n'avait pas pour seul objet de permettre la cession desdites parts à Madame Sylviane Groc, tiers à la société, en évitant d'avoir à solliciter l'agrément des associés, la Cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision ».

Comp. pour le cas d'une fraude à l'objet social où l'absence d'*affectio societatis* a constitué un élément de preuve de celle-ci, en plus d'autres circonstances : Cass. com., 25 avril 2006, SA LMO c/ SA SIIHP, *Rev. sociétés* 2006, p. 793, note (A.) VIANDIER.

²²²² Cass. com., 11 juin 2013, n° 12-22.296, F-PB, *Bull. Joly Sociétés* 2013, p. 624, note (P.) LE CANNU.

²²²³ V. par exemple en faveur de l'incidence de la perte d'*affectio societatis* : Cass. 3^{ème} civ., 11 février 2014, n° 13-11.197, *Gaz. Pal.* 2014, p. 20, (S.) LEROND ; *Rev. sociétés* 2014, p. 449, (E.) NAUDIN.

²²²⁴ SERLOOTEN (P.), « L'*affectio societatis*, une notion à revisiter », in *Aspects actuels du droit des affaires : mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p. 1007.

²²²⁵ MERLE (Ph.), avec la collaboration de FAUCHON (A.), *Droit commercial, Sociétés commerciales*, Dalloz, coll. Précis, 20^{ème} éd., 2016, p. 73, n° 57.

²²²⁶ V. en ce sens : REBOUL (N.), « Remarques sur une notion conceptuelle et fonctionnelle : l'*affectio societatis* », *Rev. sociétés* 2000, p. 425.

²²²⁷ Pour plus de précisions à propos de cette notion, v. *supra* n° 433.

V. également critiquant cette notion : CUISINIER (V.), *L'affectio societatis*, préf. A. Martin-Serf, LexisNexis, Coll. Bibliothèque de droit de l'entreprise, 2008, p. 498, n° 585, proposant de « bannir l'*affectio societatis* » et de réhabiliter la notion d'intérêt commun des associés mentionnée à l'article 1833 du Code civil : « Si contingence il y a dans ce contrat, elle ne saurait

expliquer autrement que des investisseurs puissent valablement être associés, sans autre fondement que celui de la conformité de leur intention avec le but de la société, c'est-à-dire, celui de partager des bénéfices ? *Quid* de la collaboration de ces derniers ? Celle-ci réside uniquement dans la réalisation d'un apport financier, lequel ne se confond pas avec l'*affectio societatis* puisque l'apport est un élément constitutif, à part entière, du contrat de société. Seul l'*intuitu personae* entre les associés explique le caractère protéiforme de cette notion d'*affectio societatis* qui est, tantôt absente, tantôt présente, mais d'une intensité variable en fonction du degré d'affinité des associés, uniquement, et non en fonction de leur niveau de collaboration²²²⁸. C'est pourquoi, il est juste de considérer inutile la démonstration de l'*affectio societatis* lors d'une cession de droits sociaux et, *a fortiori*, afin de prouver l'existence d'une fraude à l'agrément.

Dès lors, la preuve de cette fraude doit se concentrer, semble-t-il, sur un ensemble de circonstances démontrant la volonté du fraudeur de contourner l'agrément²²²⁹. En somme, la fraude doit avoir été la cause impulsive et déterminante de la simulation pour que le transfert litigieux encoure la sanction de la nullité. À cet égard, les associés et la société devront être particulièrement vigilants, car la procédure d'agrément peut se révéler être le meilleur allié des fraudeurs lorsque les acteurs sociaux ne prennent garde à l'écoulement des délais légaux²²³⁰.

Conclusion Section I. La violation de la procédure d'agrément par l'associé cédant et son ayant cause.

588. La nullité du transfert réalisé sans notification : une sanction discutable. Le cédant et son ayant cause sont susceptibles de méconnaître la procédure de deux façons : d'une

résider ailleurs que dans l'intérêt commun des associés, qui constitue la cause objective de leur engagement, et qui imprime au contrat de société sa spécificité par rapport aux autres contrats. De la même façon, ajoute-t-il, l'*affectio societatis* investit la notion de bonne foi dans l'espoir de lui apporter une coloration particulière qui convienne mieux à ce contrat ». *Comp.* déjà pour des observations critiques : HAMEL (J.), « L'*affectio societatis* », *RTD. civ.* 1925, p. 761.

²²²⁸ *Contra* LACROIX – De SOUSA (S.), « Le rayonnement de l'*affectio societatis* », *Rev. sociétés* 2016, p. 499, n° 4 : « L'*affectio societatis* s'éloigne [de l'*intuitu personae*] non seulement en ce qu'elle désigne classiquement un élément constitutif du contrat de société mais encore en ce qu'elle exprime la dimension collégiale de la convention supposant "une volonté de collaborer à la conduite des affaires sociales (en y participant activement ou en contrôlant la gestion) et l'acceptation d'aléas communs". Si, dans les sociétés de personnes, on observe une "coïncidence" entre l'*intuitu personae* et *affectio societatis*, ce n'est pas le cas en principe dans les sociétés de capitaux. Pour autant, on ne peut en déduire que l'*affectio societatis* est elle aussi inexistante [...], elle serait ainsi réduite à sa plus faible intensité, à "la simple conscience d'une union d'intérêts" ».

Mais confondant cependant l'*intuitu personae* et l'*affectio societatis* lorsqu'il s'agit de la mise en œuvre de l'agrément : « Permettant de contrôler l'entrée dans la société de nouveaux associés, l'agrément confère effectivement à l'organe compétent pour statuer sur le projet de cession le droit d'écarter ceux dont la présence est jugée non souhaitable en raison d'une *affectio societatis* douteuse » (*préc.*, *spéc.* n° 18).

²²²⁹ En ce sens, v. CA Paris, 3^{ème} ch. A., 26 juin 2001, SA LMO c/ SA SIIHP, *RTD com.* 2001, p. 910, note (Cl.) CHAMPAUD et (D.) DANET ; CA Paris, 3^{ème} ch. B., 6 novembre 2008, RG n° 07/18097, Société Central Ambulances c/ Société Ambulances auxerroises, *RTD com.* 2009, p. 162, note (Cl.) CHAMPAUD et (D.) DANET.

²²³⁰ Pour une illustration, v. CA Paris, 3^{ème} ch. B., 6 novembre 2008, RG n° 07/18097, précité. Dans cette espèce, l'agrément du cessionnaire fut acquis à la suite de l'écoulement du délai postérieur au refus d'agrément.

part, en ne notifiant pas la demande d'agrément²²³¹ et, d'autre part, en contournant frauduleusement cette obligation²²³². Ces deux hypothèses sont, en principe, sanctionnées par la nullité du transfert réalisé sans agrément. Si cette sanction n'est pas discutable lorsqu'une fraude est démontrée, laquelle se distingue de la conclusion d'une convention de croupier²²³³, elle l'est davantage pour sanctionner le transfert des droits sociaux réalisé sans notification préalable.

Cette dernière sanction a été instituée par le législateur car elle permet de mieux préserver l'*intuitu personae* de la société. Elle serait plus dissuasive que l'inopposabilité en raison de la rigueur de ses effets. Certains textes la mentionnent clairement mais, en son absence, la jurisprudence l'applique majoritairement en raison du caractère d'ordre public de l'agrément, usant de la sorte de la théorie des nullités virtuelles²²³⁴. La notification de la demande acquiert alors la nature d'une condition de validité de la convention de cession, l'intégrant ainsi à la catégorie des contrats solennels. Mais plus exceptionnellement, les magistrats appliquent aussi l'inopposabilité lorsque le régime de la nullité s'avère inadapté à l'opération sanctionnée. Or la subsidiarité ainsi créée entre ces sanctions est critiquable car elle aboutit à faire varier leur nature en fonction des faits d'espèce.

L'exemple d'une restructuration réalisée préalablement à la notification illustre parfaitement cette inadaptation de la nullité. Qu'elle réalise une fusion ou une scission, cette opération a pour effet de dissoudre, sans liquidation, une société partie à celle-ci. Or, l'engagement de la société-associée est marqué d'*intuitu personae* et n'est, en ce sens, pas transmissible à son ayant droit. Dès lors, si l'opération est annulée sur le fondement d'un défaut de notification, la rétroactivité attachée à cette sanction ne peut être effective, faute pour la société dissoute d'exister encore. Mais l'enrichissement ainsi généré au profit de la société, du fait de l'apport initialement versé par cette associée, ne peut être toléré. Les magistrats dévoient alors le dispositif du rachat de sa finalité, assimilant l'ayant droit issu de cette opération à un héritier, afin qu'il bénéficie du remboursement de la valeur des droits sociaux de son auteur. Une solution consisterait à consacrer un tel droit à son profit, tout en substituant la sanction de l'inopposabilité à la nullité²²³⁵. Celle-ci ne serait pas infondée puisqu'elle vise à sanctionner la méconnaissance d'une règle protégeant un tiers, ce qu'est la notification pour la préservation de l'*intuitu personae* de la société²²³⁶. Ne produisant pas d'effet rétroactif, le régime de cette sanction serait, en outre,

²²³¹ V. *supra* n° 562.

²²³² V. *supra* n° 586.

²²³³ V. à propos de la licéité de cette convention, *supra* n° 585.

²²³⁴ V. *supra* n° 566.

²²³⁵ V. *supra* n° 569 (v. également la proposition faite, *infra* n° 632).

²²³⁶ V. *supra* n° 302.

susceptible de s'adapter à toutes les situations, sans l'éventualité d'enfreindre l'impérativité de la procédure par une régularisation ou une confirmation de l'acte litigieux²²³⁷.

Plus généralement, la violation de la procédure d'agrément peut aussi être source de responsabilités : celle de l'associé cédant, ou même, celle du rédacteur de l'acte fautif²²³⁸. S'ils méconnaissent à leur tour la procédure, la société et ses acteurs ne sont pas non plus exempts d'un tel risque.

Section II. La violation de la procédure d'agrément par les acteurs sociaux.

589. Plan. Contrairement à l'hypothèse précédente, les associés et la société sont susceptibles de méconnaître non pas une seule formalité procédurale, mais plusieurs. La sanction de ces irrégularités internes a parfois une incidence sur le transfert des droits sociaux agréé (§ I). Outre le prononcé de cette sanction, la responsabilité délictuelle du titulaire de ce pouvoir est aussi susceptible d'être engagée (§ II).

§ I. La sanction des irrégularités formelles.

590. Plan. Il s'agit d'irrégularités internes, en principe inopposables au cessionnaire (I). Mais dans certains cas, celles-ci ont néanmoins une incidence sur le transfert des droits sociaux ; incidences qui peuvent être tant positives que négatives. Tel est le cas lorsque ces irrégularités entachent un acte ou une délibération de la société (II). Leur sanction figure-t-elle, toutefois, dans les textes de chaque type sociétaire ?

I. Les irrégularités internes sans incidence directe sur le transfert des droits sociaux.

591. Plan. Ces irrégularités peuvent être constituées par une contradiction (A) ou, plus exceptionnellement, par une lacune (B) des statuts par rapport à la loi.

²²³⁷ V. *supra* n° 576.

²²³⁸ V. *supra* n° 582 et n° 583.

A. La sanction d'une contradiction des statuts par rapport à la loi.

592. Plan. Plusieurs types d'irrégularités statutaires sont susceptibles de contredire la loi (2), laquelle les sanctionne généralement en les réputant non écrites (1).

1. La sanction de la clause réputée non écrite.

Cette sanction doit être préalablement définie, avant d'évoquer les quelques textes la mentionnant.

593. Une sanction de la violation de l'ordre public. Sanctionner une clause en la réputant non écrite marque le caractère impératif d'une disposition. Cette sanction a pour effet de faire disparaître, rétroactivement, une clause illicite, laquelle est censée n'avoir jamais existé. Le vide ainsi créé par sa disparition sera généralement comblé par l'application des dispositions impératives enfreintes, ou des dispositions supplétives que cette clause écartait²²³⁹. En dépit de la méticulosité employée par le législateur en 1966, puis en 1978, tous les textes relatifs à la procédure d'agrément ne mentionnent pas cette sanction.

594. Des mentions disparates dans les textes. Prévues dans différentes structures sociétaires, la sanction de la clause réputée non écrite n'a pas toujours le même objet.

594-1. La SARL et la SNC. Pour la SARL, seule une violation de l'article L. 223-14 du Code de commerce décrivant la mise en œuvre de l'agrément est visée par cette sanction. Plus précisément, l'ordonnance du 25 mars 2004 a supprimé la mention figurant à son alinéa 3 selon laquelle « toute clause contraire à l'article 1843-4 dudit code est réputée non écrite », pour la remplacer par la formulation indiquant que « si la société a refusé de consentir à la cession, les associés sont tenus, [...], d'acquérir ou de faire acquérir les parts à un prix fixé dans les conditions prévues à l'article 1843-4 du Code civil ».

En l'absence de sanction expresse, le caractère supplétif de cette disposition devrait en être déduit. Seulement, cette opinion n'est pas certaine du fait de la généralité de son dernier alinéa, selon lequel « toute clause contraire aux dispositions du présent article est réputée non écrite ». De la sorte, cette sanction s'applique au renvoi fait à l'article 1843-4 du Code civil pour déterminer le prix de rachat consécutif au refus d'agrément. Cependant, depuis la modification de cet article par l'ordonnance du 31 juillet 2014²²⁴⁰, la question de la validité d'une clause statutaire d'évaluation ne

²²³⁹ TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. Précis, 11^{ème} éd., 2013, p. 373, n° 329.

Adde GAUDEMET (S.), *La clause réputée non écrite*, préf. Y. Lequette, *Économica*, coll. Recherches juridiques, t. 13, 2006 ; KULMANN (J.), « Remarques sur les clauses réputées non écrites », *D.* 1993, p. 59.

²²⁴⁰ V. *supra* n° 503.

se pose plus ; sa stipulation est désormais expressément autorisée²²⁴¹. L'objet de la sanction visée par la clause non écrite est autre dans le cadre des textes de la SNC.

Pour cette dernière, l'article L. 221-13, alinéa 2 du Code de commerce répute non écrite toute clause contraire à l'exigence légale, d'un consentement unanime des associés à l'agrément. En revanche, il n'existe aucune disposition en ce sens, pour le consentement des associés commanditaires de la commandite simple, ainsi que pour les autres sociétés de droit commun. Est-ce à dire que l'agrément n'est pas impératif dans ces structures ?

594-2. Les autres sociétés de droit commun. La sanction de la clause réputée non écrite n'est pas mentionnée expressément pour la société civile²²⁴², et même nullement évoquée à l'égard des sociétés par actions, pour lesquelles seule l'absence de demande d'agrément est envisagée²²⁴³. Faut-il en déduire que les dispositions textuelles non visées par cette sanction soient pour autant supplétives de volonté ? À maintes reprises, la jurisprudence a comblé ces lacunes rédactionnelles par l'affirmation de l'impérativité de l'ensemble de la procédure d'agrément²²⁴⁴. Cette position est justifiée, car son caractère d'ordre public se déduit de la volonté du législateur de protéger à la fois les parties à la convention de transfert des droits sociaux et l'*intuitu personae* de la société, quelle que soit sa structure²²⁴⁵. Dès lors, une fois ce caractère d'ordre public affirmé, la généralisation de la clause réputée non écrite trouve appui à l'article 1844-10, alinéa 2 du Code civil, applicable à l'ensemble des sociétés²²⁴⁶. À titre d'illustration de ces lacunes textuelles, quelques exemples d'irrégularité seront cités.

2. Des exemples d'irrégularité contenue dans les statuts.

Sans exhaustivité, seront analysés quelques exemples courants engendrés par l'incohérence ou l'imprécision des textes, et les disparités de la sorte créées entre chaque type sociétaire.

595. En cas de violation du domaine de l'agrément. Aucun texte ne précise que le

²²⁴¹ En ce sens, v. CONSTANTIN (A.), « Commentaires des dispositions de l'ordonnance du 25 mars 2004 relatives au droit des sociétés », *Rev. Lamy Droit des affaires* 2004, n° 73 ; LÉCUYER (H.), « Commentaire de l'ordonnance du 25 mars 2004 dans ses dispositions relatives aux SARL », *LPA* 2004, n° 77, p. 4 ; SAINTTOURENS (B.), « L'attractivité renforcée de la SARL après l'ordonnance n° 2004-274 du 25 mars 2004 », *Rev. sociétés* 2004, p. 207, *spéc.* n° 28. Cet auteur regrette que les rédacteurs de l'ordonnance n'aient pas mentionné une réserve quant à une éventuelle clause statutaire contraire comme c'est le cas pour l'alinéa 1^{er}.

²²⁴² L'article 1864 du Code civil marque néanmoins le caractère impératif du dispositif légal consécutif au refus d'agrément en disposant qu'il « ne peut être dérogé aux dispositions des deux articles qui précèdent que pour modifier le délai de six mois prévu à l'article 1863 (1^{er} alinéa), et sans que le délai prévu par les statuts puisse excéder un an ni être inférieur à un mois ».

²²⁴³ Sur la sanction de l'absence de notification d'une demande d'agrément, v. *supra* n° 561 et s.

²²⁴⁴ V. à propos de la notification de la demande d'agrément, *supra* n° 304.

²²⁴⁵ V. par exemple les modalités d'adoption de la décision sociale (*supra* n° 330), ou l'encadrement du rachat des droits sociaux à la suite du refus d'agrément, lequel concerne toutes les sociétés (*supra* n° 482 et s.).

²²⁴⁶ Cet article dispose que : « Toute clause statutaire contraire à une disposition impérative du présent titre, dont la violation n'est pas sanctionnée par la nullité de la société, est réputée non écrite ».

domaine de l'agrément est d'ordre public. Cette absence a parfois suscité le doute comme l'a illustré le contentieux relatif aux cessions entre actionnaires, avant la modification de l'article L. 228-23 du Code de commerce par l'ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004²²⁴⁷. En dépit de ce vide juridique, la jurisprudence s'emploie à défendre une lecture littérale des textes dont elle déduit le caractère supplétif ou impératif selon le cas²²⁴⁸. La tournure des phrases usitée par le législateur est ainsi déterminante²²⁴⁹, spécialement l'expression « les statuts peuvent », suivie ou précédée du principe d'une autorisation²²⁵⁰, ou l'emploi d'une formule négative, significative d'une interdiction de l'agrément²²⁵¹. Un autre type d'irrégularité courante réside dans l'inobservation des règles de vote de l'agrément.

596. En cas de violation des règles de vote. En présence d'une cession des parts d'une SNC, les statuts ne peuvent déroger au vote unanime de l'agrément. Le cas échéant : « Toute clause contraire est réputée non écrite »²²⁵². La sanction est la même pour la clause d'une SARL qui ne respecterait pas ces règles et leurs limites instituées à l'article L. 223-14, alinéa 1^{er} du Code de commerce²²⁵³. En revanche, une telle sanction n'a pas été insérée à l'article 1861 du Code civil relatif à la société civile. Ceci peut s'expliquer par la souplesse dont bénéficie cette structure pour déterminer statutairement une majorité, sans même être enserrée par une limite légale. En revanche, une liberté similaire n'existe pas s'agissant des délais légaux pour statuer sur une demande d'agrément.

597. En cas d'aménagement des délais légaux pour statuer sur une demande d'agrément. À propos d'une société anonyme, un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation, du 8 avril 2008, a jugé sans effet une prolongation conventionnelle du délai pour statuer sur une demande d'agrément, en raison du caractère impératif de l'article L. 228-24 du Code de commerce²²⁵⁴. Cette sanction est aussi valable pour une SARL, faute pour la loi

²²⁴⁷ V. *supra* n° 110. Ou encore le contentieux relatif aux opérations de restructuration, v. *supra* n° 201.

²²⁴⁸ Adde PÉRÈS-DOURDOU (C.), *La règle supplétive*, préf. G. Viney, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, t. 421, 2004 ; CONVERT (L.), *L'impératif et le supplétif en droit des sociétés – Étude de droit comparé Angleterre, Espagne, France*, préf. B. Saintourens, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, t. 374, 2003.

²²⁴⁹ En ce sens : GÉNICON (Th.), « La grammaire dans la réforme du droit des contrats », *Revue des contrats* 2016, n° 4, p. 751.

²²⁵⁰ Société civile : C. civ., art. 1861, al. 1 ; SARL : C. com., art. L. 223-14, al. 2 ; SA : C. com., art. L. 228-23, al. 1.

²²⁵¹ Société civile : C. civ., art. 1864 ; SARL : C. com., art. L. 223-14, al. 1 ; SA : C. com., art. L. 228-23, al. 3.

²²⁵² C. com., art. L. 221-13, al. 2.

²²⁵³ C. com., art. L. 223-14, al. 7 : « Toute clause contraire aux dispositions du présent article est réputée non écrite ». Pour les limites encadrant les majorités, v. C. com., art. L. 223-13.

²²⁵⁴ Cass. com., 8 avril 2008, n° 06-18.362, Société Lamy c/ Société Séché environnement, *Bull. Joly Sociétés* 2008, p. 585, note (D.) PORACCHIA ; *D.* 2008, p. 1207, obs. (A.) LIENHARD ; *ibid.* 2009, p. 323, obs. (J.-Cl.) HALLOUIN et (E.) LAMAZEROLLES ; *RTD com.* 2008, p. 801, obs. (P.) LE CANNU et (B.) DONDERO ; *Dr. sociétés* 2008, comm., n° 129, note (H.) HOVASSE ; *JCP E* 2008, p. 1950, obs. (S.) SCHILLER.

d'autoriser expressément l'allongement de ce délai par les statuts²²⁵⁵, et cela contrairement à la liberté offerte par l'article 1864 du Code civil relatif à la société civile²²⁵⁶. À cet égard, une unification des règles procédurales semble nécessaire afin de ne pas induire en erreur les justiciables²²⁵⁷.

Toutefois, bien que l'article L. 228-24, précité, n'indique pas la sanction du dépassement des limites légalement autorisées, il fut jugé que la clause ne respectant pas le délai légal minimum devait être réputée non écrite²²⁵⁸. Un raisonnement similaire fut appliqué à la stipulation d'un agrément conditionnel.

598. En cas de stipulation d'un agrément conditionnel. Un arrêt récent et abondamment commenté a posé le principe selon lequel : « [...] les conditions posées par l'organe social habilité à autoriser la cession sont réputées non écrites »²²⁵⁹. Cette solution est tout à fait juste. Admettre le contraire aboutirait à dévoyer l'agrément de sa finalité, laquelle consiste à contrôler les qualités personnelles et présentes du candidat associé, non à le soumettre à la réalisation éventuelle de divers événements extérieurs liés, par exemple, à la convention projetée avec le cédant²²⁶⁰. De la sorte, il vaut mieux pour la société que ses statuts soient lacunaires plutôt que contraires aux dispositions légales ; cette lacune n'étant sanctionnable que dans une hypothèse particulière.

B. La sanction d'une lacune des statuts par rapport à la loi.

599. Le cas particulier de l'absence de publication de l'organe social désigné pour statuer sur une demande d'agrément dans une société par actions. Dans cette circonstance, il fut jugé que la clause d'agrément non-publiée était inopposable au cessionnaire. Ainsi, à propos d'une clause dont l'indication de l'organe compétent n'avait pas été modifiée à la suite de la transformation d'une société anonyme dualiste en société anonyme moniste, la Cour de cassation décida que : « [...] la clause d'agrément aurait dû, pour continuer ses effets, faire l'objet d'une publicité

²²⁵⁵ C. com., art. L. 223-13, alinéa 2 : « À peine de nullité de la clause, les délais accordés à la société pour statuer sur l'agrément ne peuvent être plus longs que ceux prévus à l'article L. 223-14 » (trois mois).

²²⁵⁶ C. civ., art. 1864 : « Il ne peut être dérogé aux dispositions des deux articles qui précèdent que pour modifier le délai de six mois prévu à l'article 1863, premier alinéa, et sans que le délai prévu par les statuts puisse excéder un an ni être inférieur à un mois ».

²²⁵⁷ V. *infra* n° 491.

²²⁵⁸ CA Paris, 23 mars 1993, *RTD com.* 1994, p. 310, obs. (E.) ALFANDARI et (M.) JEANTIN.

²²⁵⁹ Cass. com., 17 janvier 2012, Santraile c/ Robinson participations, n° 09-17.212, FS-P+B, *D.* 2012, p. 279, obs. (A.) LIENHARD ; *D.* 2012, p. 719, note (J.) MOURY ; *D.* 2012, p. 2688, note (J.-Cl.) HALLOUIN ; *Rev. sociétés* 2012, p. 370, note (P.) LE CANNU ; *RTD civ.* 2012, p. 312, obs. (B.) FAGES ; *RTD civ.* 2012, p. 334, obs. (P.-Y.) GAUTIER ; *RTD com.* 2012, p. 141, obs. (P.) LE CANNU et (B.) DONDERO ; *Dr. sociétés* 2012, n° 64, note (D.) GALLOIS-COCHET ; *Bull. Joly Sociétés* 2012, p. 310, note (B.) DONDERO ; *RLDA* 2012/69, n° 3899, note (I.) PARACHKEVOVA. Pour plus de détails sur cette sanction, v. *supra* n° 400 et s.

²²⁶⁰ V. *supra* n° 401.

adéquate dans la mesure où la transformation de la société avait rendu caduque la désignation du conseil de surveillance comme organe habilité à autoriser une cession d'actions et où cette vacance ne conduisait pas à conférer ce pouvoir au conseil d'administration »²²⁶¹.

Cette solution peut paraître sévère car l'inopposabilité affecte toute la clause, mais elle est logique au regard de la lecture combinée des articles L. 228-23, alinéa 1^{er} et R. 210-4, alinéa 2, 2^o du Code de commerce, lesquels, pour le premier, n'indique pas quel est l'organe social compétent par défaut, pour statuer sur une demande d'agrément et, pour le second, oblige les statuts à préciser quel est cet organe²²⁶². Les effets d'une telle sanction sont alors particulièrement rigoureux vis-à-vis de la société puisque ses titres deviennent librement cessibles, et cela, contrairement à son intention initiale de verrouiller le capital social. Un gage de sécurité juridique ne consisterait-il pas à préciser dans la loi, l'organe social compétent et, corrélativement, à supprimer cette obligation de désignation²²⁶³ ? À l'instar de cette irrégularité, d'autres ont une incidence sur le transfert des droits sociaux, mais beaucoup plus directement.

II. Les irrégularités internes ayant une incidence sur le transfert des droits sociaux.

600. Plan. Ces irrégularités ne sont plus inhérentes aux statuts, mais concernent la délibération prise par la société, en réponse à la demande d'agrément valablement notifiée. Certaines de ces irrégularités ont une incidence positive sur le transfert des droits sociaux en favorisant son effectivité (A), tandis que d'autres ont une incidence négative en l'anéantissant rétroactivement (B).

²²⁶¹ Cass. com., 31 mai 2005, n°03-10.955 (n° 817 FD), Sociétés All Suites Hôtel c/ Société Hardy Trust, *Bull. Joly Sociétés* 2005, p. 1396, note (Th.) MASSART.

²²⁶² V. *supra* n° 293 et s. *Comp.* avec la jurisprudence traditionnelle selon laquelle la violation d'une disposition d'origine réglementaire, fut-elle impérative, ne constitue pas une cause de nullité des actes ou délibérations, sauf dans l'hypothèse particulière où elle est le complément indissociable de la loi par référence expresse de celle-ci. V. pour le décret de 1967 : Cass. com., 15 avril 1982, n° 80-15.566, P+B, SA du Cercle d'Aix-Les-Bains, c/ Rinck, *JurisData* n° 1982-700785 ; *Bull. civ.* 1982, IV, n° 122 ; *Rev. sociétés* 1983, p. 343, note J.-H. V. Pour le décret de 1978 : Cass. ch. mixte, 16 décembre 2005, n° 04-10.986, P, Lustig c/ SCAI Chapaubert, *JurisData* n° 2005-031451 ; *JCP E* 2006, p. 2035, n° 9, obs. (J.-J.) CAUSSAIN, (Fl.) DEBOISSY et (G.) WICKER ; *D.* 2007, p. 274, note (J.-Cl.) HALLOUIN et (E.) LAMEZEROLLES ; *Dr. sociétés* 2006, comm. 36, note (F.-X.) LUCAS ; *RTD com.* 2006, p. 148, note (M.-H.) MONSÉRIE-BON et (L.) GROSCLAUDE ; *Dr. et patrimoine* 2006, p. 105, obs. (D.) PORACCHIA ; *Rev. sociétés* 2006, p. 327, note (B.) SAINTTOURENS.

²²⁶³ V. en ce sens, la proposition faite *infra* n° 431 et s.

A. L'incidence positive d'une irrégularité de la délibération sociale sur le transfert des droits sociaux.

601. Plan. Précédemment, il a été observé l'existence, dans certaines sociétés, de deux délais procéduraux en matière d'agrément : le délai pour statuer sur l'agrément, et celui consécutif à son refus. Ces délais ayant pour but de protéger le droit du cédant de quitter la société, la loi de 1966 a institué une sanction dissuasive de son irrespect par la société : celle de l'agrément tacite du demandeur. De la sorte, cette sanction a une incidence positive sur le projet de transfert des droits sociaux puisque la condition dont il était assorti est réputée acquise. Toutefois, il ne s'agit là que d'une affirmation théorique (1), qui se heurte à des limites pratiques (2).

1. La sanction théorique de l'agrément tacite.

602. Le domaine de l'agrément tacite. L'agrément est réputé tacitement acquis au cessionnaire initial, si la société ne se prononce pas dans le délai imparti à compter de la notification du projet de cession²²⁶⁴, ou de celui consécutif au refus d'agrément²²⁶⁵. Le cédant retrouve alors sa liberté de réaliser le transfert initial²²⁶⁶. Cette sanction a toutefois un domaine limité.

- En premier lieu, elle est l'accessoire de ces délais, elle ne peut donc exister sans leur support. Cette absence est illustrée par les cas de la SNC et de la commandite, pour lesquelles la loi n'assortit pas de délais, la mise en œuvre de l'agrément.

- En second lieu, l'agrément tacite, et *a fortiori* les délais procéduraux, ne sont pas applicables à la demande d'agrément faite par un ayant cause du défunt, puisque le droit de ce dernier de quitter la société n'est plus à protéger. Cette logique ne ressort hélas pas clairement des textes, à l'exception de l'article 1870-1 du Code civil, lequel distingue la mise en œuvre de l'agrément en présence du bénéficiaire d'une cession de celui d'une transmission successorale.

- En troisième et dernier lieu, seul l'article 1867 du même Code sanctionne par l'agrément tacite, l'irrespect des délais consécutifs au refus de l'adjudicataire. Est-ce à dire qu'une telle

²²⁶⁴ Société civile : C. civ., art. 1863, al. 1. SARL : C. com., art. L. 223-14, al. 2 ; SA : C. com., art. L. 228-24, al. 1. Pour la SARL, cette sanction ne vaut que si le cédant détient ses parts depuis plus de deux ans. Cette condition se justifie par l'*intuitu personae* inhérent à cette société et afin d'éviter la spéculation sur ces parts (C. com., art. L. 223-14, al. 6). Pour plus de précisions relatives à ces délais, v. *supra* n° 391.

²²⁶⁵ SARL : C. com., art. L. 223-14, al. 3 et 5 ; SA : C. com., art. L. 228-24, al. 2. Les textes relatifs à la société civile ne précisent pas que le délai court à compter de la notification du refus. Force est donc de conclure que l'unique délai mentionné à l'article 1863, alinéa 1 du Code civil inclut le délai consécutif au refus d'agrément, v. *supra* n° 490.

²²⁶⁶ Cass. com., 29 novembre 1982, Asselin c/ SARL Zammarchi, n° 81-13.117, *Bull. civ.* 1982, IV, n° 379 ; Cass. com., 2 novembre 2011, F-P+B, n° 10-15.887, Lokmane c/ Société Lamid, *Rev. sociétés* 2012, p. 161, note (A.) LECOURT.

sanction n'existe pas pour les autres sociétés ? La rédaction des textes au cas par cas, pour chaque société, est une méthode génératrice de nombreuses incertitudes et, donc, d'autant de causes d'insécurité juridique. En outre, au-delà de ces failles théoriques, la sanction de l'agrément tacite est doublement limitée en pratique.

2. Les limites pratiques à l'obtention de l'agrément tacite.

603. Plan. Le principe théorique de son obtention est limité par deux éventualités : celle de l'existence d'un vice procédural interne, susceptible d'être sanctionné par sa nullité (b), mais également, celle du désistement du cessionnaire avant l'expiration du délai (a).

a. Le désistement du cessionnaire avant l'expiration du délai de l'agrément tacite.

604. L'associé cédant peut-il encore sortir de la société en dépit de ce désistement ? L'agrément étant préalable à la conclusion du contrat de cession, il s'analyse comme une condition suspensive assortissant ce dernier. Inversement, si les parties se sont déjà engagées fermement avant sa notification, son refus aura l'effet d'une condition résolutoire par laquelle le cessionnaire retrouvera sa liberté. Dans ces deux hypothèses, s'il se désiste avant de bénéficier de l'agrément tacite, quelle issue reste-t-il au cédant pour sortir de la société ? Sur ce point, la jurisprudence a évolué en sa faveur.

604-1. L'absence initiale de droit de contrainte de l'associé cédant sur la société. Dans un premier temps, la Cour de cassation refusait de lui reconnaître le droit de contraindre la société et les coassociés au rachat de ses droits sociaux²²⁶⁷. Cette position reposait sur deux arguments.

- D'une part, la protection du cédant par l'agrément tacite était considérée comme suffisante.
- Et, d'autre part, celui-ci commettait une erreur en dirigeant son action contre la société ou ses associés, alors qu'elle aurait dû l'être contre le cessionnaire pressenti.

Une telle position revenait alors à assimiler l'expiration du délai procédural à un terme assortissant l'obligation de rachat. Or ces arguments ne semblent plus d'actualité depuis un arrêt dénommé « Naïs ».

²²⁶⁷ Cass. com., 29 novembre 1982, *Bull. civ.* 1982, IV, n° 379 ; *Rev. sociétés* 1983, p. 68, note (J.-J.) DAIGRE.

604-2. Vers la reconnaissance d'un droit de contrainte : l'arrêt « Naïs contre Société SDMS ». Dans un second temps, la position de la Cour de cassation évolua consécutivement à un arrêt rendu le 25 février 1992, par sa Chambre commerciale²²⁶⁸. Sans toutefois se prononcer explicitement sur l'existence d'un droit de contrainte du cédant à l'encontre de la société, cette décision laisse néanmoins se profiler une telle possibilité.

En l'espèce, le conseil d'administration d'une SA refusa de donner son agrément à la cession envisagée et, par la suite, le président de celui-ci et un administrateur proposèrent aux cédants d'acquiescer leurs actions. Consécutivement à cette proposition, le bénéficiaire de l'offre initiale signifia aux associés cédants que son engagement d'acquiescer était devenu sans objet. Or, à l'issue du délai de rachat, aucune proposition ne fut concrétisée. Pire, les dirigeants opposèrent alors aux cédants, le bénéfice de l'agrément tacite du cessionnaire initial, pour ne pas donner suite à leur proposition. Les cédants assignèrent alors ces derniers sur le fondement de la responsabilité délictuelle pour les avoir privés du bénéfice de l'opération envisagée. En s'appuyant sur la jurisprudence antérieure, la Cour d'appel d'Angers rejeta leur demande aux motifs qu'ils leur appartenaient de mettre en demeure le cessionnaire initial afin de régulariser la cession projetée. En outre, le préjudice invoqué n'était, à son sens, pas causé par les fautes alléguées²²⁶⁹. Saisie d'un pourvoi formulé par les cédants, la Haute juridiction cassa cette décision au visa des (anciens) articles 1382 du Code civil et 275 de la loi du 24 juillet 1966, reprochant aux juges du fond de ne pas avoir recherché : « [...] s'il n'y avait pas eu des abstentions fautives et des manœuvres de la part de la société et de ses dirigeants ayant conduit à empêcher toute cession, nonobstant l'agrément réputé acquis, génératrices de préjudice ».

Constitutif d'un revirement par rapport à la précédente jurisprudence qui faisait primer l'agrément tacite, cet arrêt est intéressant sur deux points : l'un exprimé explicitement, l'autre implicitement.

- En premier lieu, il affirme explicitement la possibilité pour le cédant d'engager la responsabilité délictuelle des organes sociaux responsables d'abstentions fautives et de manœuvres pour avoir fait obstacle à la cession²²⁷⁰. Cette affirmation doit être approuvée car ces fautes n'ont pas été commises par la société, mais par des personnes qui détournent leurs pouvoirs légaux ou statutaires.

²²⁶⁸ Cass. com., 25 février 1992, n° 90-14.975, Naïs c/ Société SDMS et autres, *Bull. Joly Sociétés* 1992, p. 519, note (P.) LE CANNU – censurant CA Angers, 26 février 1990, *Dr. sociétés* 1990, comm. n° 369, note (J.-F.) BARBIÈRI.

²²⁶⁹ CA Angers, 26 février 1990, *préc.*

²²⁷⁰ Pour plus de précisions sur l'engagement de la responsabilité de la société, de ses associés ou dirigeants, v. *infra* n° 620 et s.

Adde LE CANNU (P.), « Responsabilité de la société anonyme et de ses dirigeants en cas de refus d'agrément du cessionnaire d'actions », note sous Cass. com., 25 février 1992, n° 90-14.975, Naïs c/ Société SDMS et autres, *Bull. Joly Sociétés* 1992, p. 519.

- En second lieu, faute d'avoir eu à répondre à une telle question, l'arrêt n'affirme pas que la société est toujours débitrice de l'obligation de rachat à l'égard du cédant, mais elle le suppose, car ce dernier n'est plus contraint de se retourner contre le cessionnaire initial. Or si le cédant peut agir contre la société, cela signifie qu'il en est toujours créancier et, corrélativement, que la dette de cette dernière n'est pas éteinte. De plus, en l'espèce, les administrateurs avaient formulé une offre de rachat qui, comme toute offre ferme et précise formulée avant l'entrée en vigueur de la réforme du droit des contrats de 2016, n'était pas révocable si elle était accompagnée d'un délai ou, implicitement, « d'un délai raisonnable d'acceptation »²²⁷¹. Les faits rapportés ne précisent rien à ce sujet. Mais est-il possible de considérer le délai légal comme étant un délai raisonnable, dont l'expiration confère un droit de révoquer la proposition de rachat ?

La jurisprudence antérieure l'admettait²²⁷², mais il semble cependant que l'esprit et le sens de la loi réfute cette analyse du délai légal en tant que terme de l'obligation de rachat ; celle-ci ayant pour finalité de protéger le droit du cédant de quitter la société²²⁷³. Or cette protection est anéantie si le cessionnaire se désiste.

En faveur de cette analyse, la Cour d'appel de Paris avait déjà décidé que « [...] la société ne peut revenir sur le parti qu'elle a pris lors du refus d'agrément » et a « [...] le devoir d'acheter ou de trouver acheteur » ; le cédant disposant d'un véritable droit de retrait opposable à la société²²⁷⁴. C'est dans cette lignée que semble s'inscrire l'arrêt « Naïs contre la société SDMS ».

605. L'anéantissement rétroactif de l'obligation de rachat en cas de maintien de l'engagement du cessionnaire. Plus récemment, une espèce quasiment identique a fait l'objet d'un arrêt de la Chambre commerciale statuant en formation plénière, à la seule différence que le cessionnaire ne s'était pas désisté à l'expiration du délai²²⁷⁵. Par cette décision du 2 novembre 2011, les Hauts magistrats approuvèrent les juges du fond d'avoir accueilli la demande du cédant d'être autorisé à céder ses parts au cessionnaire, au motif : « [...] qu'aucune des solutions prévues au troisième et au quatrième alinéa de l'article L. 223-14 du Code de commerce n'était intervenue avant l'expiration du délai légal ».

Il s'agit là d'une application stricte de l'alinéa 5 de cet article, laquelle doit être approuvée puisqu'elle a pour finalité de protéger l'associé cédant. Toutefois, cette position suscite des questions quant à la valeur juridique de la proposition de rachat, et plus précisément, en fonction du maintien de l'engagement du cessionnaire pressenti ou de son désistement. En l'espèce, les

²²⁷¹ Cass. 3^{ème} civ., 10 mai 1972, *Bull. civ.* 1972, III, n° 297, p. 214, *RTD civ.* 1972, p. 773, obs. (Y.) LOUSSOUARN.

²²⁷² Cass. com., 29 novembre 1982, *préc.*

²²⁷³ À propos de la nature de cette obligation légale et les références aux travaux législatifs, v. *supra* n° 469, n° 513-1.

²²⁷⁴ CA Paris, 2 décembre 1987, *Rev. sociétés* 1989, note (D.) RANDOUX.

²²⁷⁵ Cass. com., 2 novembre 2011, F-P+B, n° 10-15.887, Lokmane c/ Société Lamid, *Rev. sociétés* 2012, p. 161, note (A.) LECOURT ; *D.* 2011, p. 2726, obs. (A.) LIENHARD.

associés avaient eu recours à la désignation d'un expert pour évaluer la valeur des parts sociales litigieuses. Leur engagement à reprendre la cession initiale à leur compte aurait alors dû être qualifié de définitif, le prix de celle-ci étant déterminable²²⁷⁶. Et cela d'autant plus qu'ils avaient versé un acompte, lequel a pourtant un double rôle fondamental : celui de réaliser un paiement partiel, mais aussi de prouver incontestablement la conclusion définitive du contrat.

Cependant, les juges du fond, approuvés par la Cour de cassation, ont dans leur décision étonnamment éludé ce point sous couvert, semble-t-il, du caractère impératif du délai légal pendant lequel doit être totalement réalisée ladite acquisition²²⁷⁷. Certes, tout aménagement conventionnel du dispositif du rachat risque de porter atteinte à la protection légale du cédant. Mais les juges auraient-ils tenu le même raisonnement en cas de désistement du cessionnaire ? Dans ce cas, point de liberté retrouvée par l'associé cédant, mais reste son droit de se retirer de la société²²⁷⁸. La comparaison avec le courant jurisprudentiel précédemment étudié prend alors toute sa mesure. Il a été observé que, dans cette hypothèse précise, était admise la survivance de l'obligation de rachat, implicitement par la Cour de cassation, explicitement par certaines juridictions du fond²²⁷⁹.

Par conséquent, l'obligation de rachat a une force variable selon que le cessionnaire se soit ou non désisté. En l'absence de désistement, elle s'analyse comme une offre que le cédant est libre d'accepter ou de refuser ; le délai ne constituant pas un délai raisonnable d'acceptation. Dans le cas contraire, elle est une créance acquise à son profit²²⁸⁰. En réalité, il ne s'agit pas ici de la consécration d'une volonté à force variable²²⁸¹, mais de la révélation d'une modalité du régime de l'obligation de rachat.

606. Observations conclusives du a. Les conséquences du désistement du cessionnaire avant d'avoir bénéficié de l'agrément tacite. Une analyse conforme au droit commun des contrats requiert de qualifier l'absence de désistement du cessionnaire comme étant une condition résolutoire de cette obligation de rachat, et pour laquelle le désistement constitue l'événement dont la réalisation influence l'efficacité de l'obligation de rachat préexistante. En

²²⁷⁶ V. *supra* n° 508. Pour la jurisprudence relative à l'article 1843-4 du Code civil, v. *supra* n° 502.

²²⁷⁷ Également de cet avis : LECOURT (A.), « Rachat de parts sociales après refus d'agrément : un droit irréversible au profit du cédant ? », note sous Cass. com., 2 novembre 2011, *Rev. sociétés* 2012, p. 161, *spéc.* n° 16.

Comp. en présence d'une société civile pour laquelle une offre valablement notifiée suffit pour engager la société : Cass. 3^{ème} civ., 12 novembre 2015, n° 14-24.076, *JCP N* 2016, n° 28, p. 1231, obs. (Th.) RAVAL D'ESCLAPON ; v. *supra* n° 499.

²²⁷⁸ V. *supra* n° 510.

²²⁷⁹ Cass. com., 25 février 1992, n° 90-14.975, *Naïs c/ Société SDMS et autres*, *préc.* ; CA Paris, 2 décembre 1987, *préc.*

²²⁸⁰ À cet égard, Monsieur Lecourt qualifie la créance du cédant de droit « irréversible » (LECOURT (A.), note sous Cass. com., 2 novembre 2011, *préc.*).

²²⁸¹ À ce propos, v. LECOURT (A.), note *préc.*

effet, la condition est résolutoire en ce sens que sa réalisation éventuelle l'anéantit. Adopter ce point de vue est un complément utile de la loi, dont les solutions reposent sur le postulat d'une cession initiale encore possible. L'ensemble de ces propos doit néanmoins être relativisé en l'absence de position ferme de la Cour de cassation. Dès lors, afin de sécuriser leur recours, il sera conseillé aux plaideurs de doubler leur action fondée sur l'article 1240 du Code civil, d'un recours au titre de l'inexécution de l'obligation de rachat en cas de refus d'agrément, en dépit des limites que le désistement du cessionnaire implique²²⁸². L'existence d'un vice affectant la procédure interne représente une deuxième limite au bénéfice de l'agrément tacite.

b. L'existence d'un vice affectant la procédure interne d'agrément.

607. Une possible remise en cause du bénéfice de l'agrément tacite. *A priori*, les vices liés à la mise en œuvre de la procédure d'agrément par la société étant inopposables au bénéficiaire proposé des droits sociaux, celle-ci devrait donc pouvoir y remédier par une régularisation²²⁸³. Pour autant, la Cour de cassation accepte de prononcer la nullité du transfert des droits sociaux, consécutivement à la nullité de la délibération sociale accordant l'agrément²²⁸⁴. Cette solution discutable fait courir un risque d'insécurité juridique sur le transfert réalisé, puisqu'il peut être remis en cause tant que la prescription de l'action en nullité n'est pas éteinte²²⁸⁵.

Par conséquent, une irrégularité de la délibération statuant sur la demande d'agrément est susceptible d'avoir une incidence négative sur le transfert des droits sociaux.

B. L'incidence négative d'une irrégularité de la délibération sociale sur le transfert des droits sociaux.

608. Plan. Cette incidence négative consiste à anéantir rétroactivement le transfert réalisé, et cela, même si l'agrément a été donné. Cet anéantissement est consécutif au prononcé de la nullité de la délibération autorisant l'agrément (1), et dont l'action obéit à un régime précis, déterminé progressivement par la jurisprudence (2). La rigueur de celui-ci tempère toutefois le risque d'insécurité juridique que cette sanction fait peser sur le transfert.

²²⁸² *Comp.* pour une occasion manquée, où les plaideurs soulevaient seulement le fondement de la perte de chance de sortir de la société : Cass. com., 7 janvier 2004, n° 26 FD, Consorts X. c/ Consorts X., *Bull. Joly Sociétés* 2004, n° 5, p. 682, note (Th.) MASSART.

²²⁸³ Sous réserve toutefois, de la bonne foi de ce bénéficiaire (v. *infra* n° 619).

²²⁸⁴ V. *infra* n° 610 et s.

²²⁸⁵ À propos du régime de cette nullité, v. *infra* n° 617.

1. La contamination du transfert des droits sociaux par la nullité de la délibération sociale.

609. Plan. Des exemples d'irrégularités de la délibération (b) seront cités pour illustrer le principe de cette sanction (a).

a. La nullité spéciale du transfert des droits sociaux.

L'analyse de la légitimité de la règle de principe du régime de cette nullité sera suivie de celle de sa règle complémentaire.

610. La règle de principe : Cass. 3^{ème} civ., 6 octobre 2004, Hébert c/ CRCA du Finistère²²⁸⁶. Consacrant une jurisprudence bien ancrée de la Cour d'appel de Paris²²⁸⁷, cet arrêt de principe précise non seulement le domaine de la nullité spéciale du droit des sociétés, mais aussi son régime²²⁸⁸. Dans un attendu didactique, la Haute juridiction énonça que : « [...] l'action en annulation d'une cession de droits sociaux n'est soumise à la prescription triennale que dans l'hypothèse où elle est fondée sur une irrégularité affectant la décision sociale ayant accordée au cessionnaire l'agrément exigé par la loi ou les statuts [...] ».

Il s'en infère logiquement que la cession de droits sociaux n'est pas, en tant que telle, un acte de la société au sens de l'article 1844-10, alinéa 3 du Code civil²²⁸⁹, mais qu'elle est une convention contaminée par la nullité affectant l'acte de la société dont dépend son existence²²⁹⁰. La nullité de

²²⁸⁶ Cass. 3^{ème} civ., 6 octobre 2004, Hébert c/ CRCA du Finistère, *RTD com.* 2005, p. 122, obs. (M.-H.) MONSÈRIÉ-BON ; *Rev. sociétés* 2005, p. 152, note (B.) SAINTOURENS ; *Rev. sociétés* 2005, p. 411, note (J.-F.) BARBIÈRI ; *Bull. Joly Sociétés* 2005, p. 114, obs. (P.) LE CANNU ; *JCP E* 2004, p. 1773, note (H.) HOVASSE ; *D.* 2004, AJ p. 2719, note (A.) LIENHARD.

Comp. à propos de la nullité d'une souscription d'actions : Cass. com., 5 octobre 1999, *Bull. Joly Sociétés* 2000, p. 1219, § 282, note (P.) LE CANNU ; *RD bancaire* 1999, p. 249, obs. (M.) GERMAIN et (M.-A.) FRISON-ROCHE ; *JCP* 2000, I, 205, n° 3, obs. (A.) VIANDIER et (J.-J.) CAUSSAIN.

Rappr. à propos de la nullité de la cession consécutive au défaut de notification : Cass. com., 9 novembre 1993, *D.* 1994, p. 435, note (D.) VELARDOCCHIO, *Rev. sociétés* 1994, p. 472, note (J.-P.) LEGROS. V. *supra* n° 572.

²²⁸⁷ CA Paris, 7 janvier 1994, *Rev. sociétés* 1994, p. 113, obs. approbatives (Y.) GUYON ; *Banque et droit* 2000, n° 73, p. 55, obs. (J.-L.) GUILLOT ; CA Paris, 14 janvier 2000, *D.* 2000, jurispr., p. 112 ; CA Paris, 16 janvier 2001, *Rev. sociétés* 2001, p. 133, obs. (Y.) GUYON ; *Bull. Joly Sociétés* 2001, p. 423 ; CA Paris, 19 septembre 2003, *Rev. sociétés* 2004, p. 425, note (I.) URBAIN-PARLEANI.

²²⁸⁸ À propos du régime de cette nullité, v. *infra* n° 616.

²²⁸⁹ Lequel dispose : « La nullité des actes ou délibérations des organes de la société ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative du présent titre ou de l'une des causes de nullité des contrats en général ».

Pour les sociétés commerciales, v. C. com., art. L. 235-1.

Pour des propos généraux sur la nullité des délibérations et des actes sociaux, v. COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (Fl.), *Droit des sociétés*, Litec, coll. Manuel, 29^{ème} éd., 2016, p. 260, n° 547.

²²⁹⁰ V. notamment : Cass. 3^{ème} civ., 21 octobre 1998, *JCP E* 1999, p. 85, note (Y.) GUYON.

Addé LE CANNU (P.), « La canalisation des nullités subséquentes en droit des sociétés », in *Le juge et le droit de l'économie, Mélanges en l'honneur de Pierre Bézard*, L.G.D.J., 2002, p. 113 ; LE CANNU (P.), DONDERO (B.), *Droit des sociétés*, Montchrestien, 6^{ème} éd., 2015, p. 297, n° 457 ; MOURY (J.) « Les nullités "en cascade" en droit des sociétés », *Rev. sociétés* 2013, p. 599.

Sur la nature de l'agrément vis-à-vis de la cession, v. *supra* n° 48.

la décision sociale est tout à fait justifiée puisqu'il s'agit d'une délibération modificative des statuts, à laquelle s'appliquent les dispositions d'ordre public requises pour leur validité. L'application de ce principe se combine avec une règle dégagée dans l'arrêt « Société Française de gastronomie contre SAS Larzul », laquelle précise le domaine des nullités des actes ou des délibérations pris en violation d'une clause statutaire²²⁹¹.

611. La règle complémentaire : Cass. com., 18 mai 2010, Société Française de gastronomie c/ SAS Larzul²²⁹². Rendu sur le fondement de l'article L. 235-1, alinéa 2 du Code de commerce²²⁹³, la règle énoncée par son attendu de principe est tout aussi valable pour les sociétés civiles en vertu de l'alinéa 3 de l'article 1844-10 du Code civil²²⁹⁴. Aux termes de cet arrêt, sont nuls les actes ou délibérations pris par les organes d'une société contrairement à une disposition impérative du droit des sociétés ou des contrats, et pour les : « [...] cas dans lesquels il a été fait usage de la faculté, ouverte par une disposition impérative, d'aménager conventionnellement la règle posée par celle-ci » ; en revanche, « le non-respect des stipulations contenues dans les statuts ou dans le règlement intérieur n'est pas sanctionné par la nullité »²²⁹⁵.

Critiquée comme méconnaissant la force obligatoire des statuts en raison de leur nature contractuelle²²⁹⁶, cette décision est pourtant conforme à la *ratio legis* de la loi selon laquelle les causes de nullité en droit des sociétés sont restreintes²²⁹⁷. Dès lors, s'il est fait application du

²²⁹¹ S'interrogeant déjà à ce propos, v. LEGROS (J.-P.), « La violation des statuts est-elle une cause de nullité ? », *Dr. sociétés* 1991, p. 1 ; BORNHAUSER-MITRANI (L.), « La violation d'une clause statutaire », *LPA* 8 avril 1998, p. 11.

²²⁹² Cass. com., 18 mai 2010, n° 09-14.855, P+B+I+R, Société Française de gastronomie c/ SAS Larzul, *JurisData* n° 2010-006635 ; *JCP E* 2010, 1562, note (A.) COURET et (B.) DONDERO ; *Dr. sociétés* 2010, comm. 156, note (M.-L.) COQUELET ; *D.* 2010, p. 2405, (F.) MARMOZ ; *ibid.*, p. 1345, obs. (A.) LIENHARD ; *Rev. sociétés* 2010, p. 374, note (P.) LE CANNU ; *Bull. Joly Sociétés* 2010, p. 651, note (H.) LE NABASQUE ; rendu sur un pourvoi formé contre CA Rennes, 17 mars 2009, n°08/011847, *Bull. Joly Sociétés* 2009, p. 768, note (P.) LE CANNU.

Addé BORNHAUSER-MITRANI (L.), « La violation d'une clause statutaire », *LPA* 1998, p. 11.

²²⁹³ Cet alinéa dispose : « La nullité d'actes ou délibérations autres que ceux prévus à l'alinéa précédent ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative du présent livre ou des lois qui régissent les contrats ».

²²⁹⁴ Cet alinéa dispose : « La nullité des actes ou délibérations des organes de la société ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative du présent titre ou de l'une des causes de nullité des contrats en général ».

Pour des applications à une société civile immobilière, v. Cass. com., 19 mars 2013, n° 12-15.283, F-P+B, Garavello c/ Kubyn, *Dr. sociétés* 2013, comm. 98, note (R.) MORTIER (critique), *RTD com.* 2013, p. 530, obs. (M.-H.) MONSÉRIÉ-BON ; *Bull. Joly Sociétés* 2013, p. 402, note (F.-X.) LUCAS ; *JCP E* 2013, p. 1289, note (B.) DONDERO ; *Rev. sociétés* 2014, p. 51, note (P.) LE CANNU ; Cass. 3^{ème} civ., 8 juillet 2015, n° 13-14.348, P+B, Société Bruxys, Société SOGEB et a. c/ M. X., *RTD com.* 2015, p. 533, note (A.) CONSTANTIN ; *Bull. Joly Sociétés* 2015, p. 585, note (J.-P.) GARÇON ; *Dr. sociétés* 2015, comm. 190, note (R.) MORTIER.

²²⁹⁵ V. les difficultés d'application signalées par LE CANNU (P.), DONDERO (B.), *Droit des sociétés*, Montchrestien, 6^{ème} éd., 2015, p. 303, n° 467, et les références citées.

²²⁹⁶ En ce sens, v. MORTIER (R.), « Généralisation de l'inefficacité des statuts : les méfaits d'une conception institutionnelle des nullités en droit des sociétés », note sous Cass. com., 19 mars 2013, n° 12-15.283, F-P+B, Garavello c/ Kubyn, *Dr. sociétés* 2013, comm. 98 : « On peut ainsi douter qu'il y ait, en droit des sociétés, place pour une impérativité d'origine purement conventionnelle. On peut surtout regretter que la Cour de cassation se complaise à piétiner la force obligatoire des statuts qu'il faudrait bien davantage chérir, au nom de l'interprétation scrupuleuse de textes archaïques. »

²²⁹⁷ V. à ce propos notamment : LEGROS (J.-P.), « La nullité des décisions des sociétés », *Rev. sociétés* 1991, p. 275 ; CHARVÉRIAT (A.), « De quelques difficultés relatives à la nullité d'une décision sociale irrégulière », *Rev. sociétés* 2010, p. 212 ; BUREAU (D.), « Nullités sans frontières ? À propos des articles L. 235-1 et s. du Code de commerce », in *Liber Amicorum Philippe Merle*, Dalloz, 2012, p. 78, *spéc.* n° 19.

principe énoncé par cet arrêt aux règles procédurales de l'agrément, celles-ci remplissent les conditions requises pour que leur méconnaissance soit sanctionnée par la nullité des actes ou délibérations sociétaires pris sur leur fondement, ainsi que sur celui de leur aménagement statutaire. En effet, la jurisprudence veille au respect de l'impérativité de cette procédure bien que ce caractère ne soit pas toujours indiqué expressément²²⁹⁸ et, en outre, la loi autorise ponctuellement la stipulation d'aménagements conventionnels²²⁹⁹. Quelques exemples illustrant la nature des irrégularités, causes de cette sanction, permettront de mieux comprendre la signification de ces règles.

b. Des exemples d'irrégularité affectant la délibération de la société.

Plusieurs irrégularités peuvent constituer une cause de nullité, sans toutefois que cette liste soit exhaustive²³⁰⁰. De plus, en vertu d'une interprétation stricte faite dernièrement par la Cour de cassation du principe sociétaire selon lequel il n'existe « pas de nullité sans texte »²³⁰¹, le nombre de ces irrégularités est susceptible de diminuer en l'absence de mention textuelle de la nullité.

612. La participation des associés à l'acte de transfert. La nullité du transfert des droits sociaux doit être prononcée si les associés ont accordé leur agrément en participant à l'acte du transfert lui-même, sans respecter la procédure légale ; celle-ci n'étant pas supplétive de volonté²³⁰². Il en est de même si une irrégularité entache la composition de l'assemblée réunissant les associés.

613. Une irrégularité liée à la composition de l'organe compétent pour délibérer sur une demande d'agrément. Celui-ci doit remplir les conditions légales ou statutaires exigées pour sa réunion. Par conséquent, un conseil d'administration réduit à deux membres ne saurait

²²⁹⁸ V. par exemple *supra* n° 305.

²²⁹⁹ En ce sens, v. : Cass. com., 10 février 2015, n° 13-25.588, SARL Serpal, F-D, *Bull. Joly Sociétés* 2015, p. 238, note (J.-Ch.) PAGNUCCO ; *Dr. sociétés* 2015, comm. 67, note (D.) GALLOIS - COCHET : « Attendu qu'en statuant ainsi, alors que le non-respect des stipulations contenues dans les statuts ou le règlement intérieur n'est pas sanctionné par la nullité, sauf lorsqu'il a été fait usage de la faculté, ouverte par une disposition impérative, d'aménager conventionnellement la règle posée par celle-ci et que la possibilité donnée aux associés de société à responsabilité limitée de limiter la cessibilité des parts sociales entre eux relève des dispositions impératives des articles L. 223-14 et L. 223-16 du Code de commerce, la cour d'appel a violé les textes susvisés ; [...] ».

Comp. : Cass. com., 30 mai 2012, n° 11-16.272, P+B, SARL First Racing c/ G., *JurisData* n° 2012-011529, *JCP E* 2012, n° 37, p. 1525, note (M.) ROUSSILLE, *D.* 2012, p. 1581, note (B.) DONDERO : la décision extraordinaire adoptée sans respectée la majorité requise par les statuts n'est pas nulle. V. *infra* n° 615-1.

²³⁰⁰ Adde HÉMARD (J.), TERRÉ (F.), MABILAT (P.), *Sociétés commerciales*, t. 3, Dalloz, 1978, p. 79, n° 112 ; LE CANNU (P.), « L'absence de majorité », in *RJ com.*, numéro spécial novembre 1991, p. 96, citant diverses hypothèses empêchant l'obtention d'une délibération sociale.

²³⁰¹ LE CANNU (P.), DONDERO (B.), *Droit des sociétés*, Montchrestien, 6^{ème} éd., 2015, p. 243, n° 379.

²³⁰² Cass. com., 9 mai 1990, Roux c/ Charpentier et autres, n° 87-14.375, *Bull. civ.* 1990, IV, n° 145, *Bull. Joly Sociétés* 1990, p. 653, note (P.) LE CANNU.

valablement donner l'agrément exigé²³⁰³. La Cour de cassation a également approuvé la décision des juges du fond d'avoir déclaré nulle une cession pour laquelle l'agrément n'avait pas été donné par une assemblée générale régulière²³⁰⁴, ou à laquelle participait un tiers²³⁰⁵. En revanche, elle a pu considérer comme indifférente l'absence de qualification d'une assemblée de société civile comme étant « extraordinaire », dès lors que la décision sociale refusant l'agrément des héritiers fut prise à l'unanimité des associés²³⁰⁶. Ce rejet est légitime car il n'existe pas une telle qualification de l'assemblée dans le cadre des sociétés civiles. En outre, contrairement aux cas d'espèce des précédentes décisions, l'absence de cette mention ne porte pas atteinte aux mécanismes protecteurs de l'agrément. Une autre irrégularité courante concerne la convocation de l'organe compétent pour statuer sur une demande d'agrément.

614. Une irrégularité liée à la convocation de l'organe compétent pour délibérer sur une demande d'agrément. En cas de carence de l'organe chargé de convoquer l'assemblée générale²³⁰⁷, ou un organe collégial d'une société par actions²³⁰⁸, la délibération prise en dépit de cette irrégularité, ou l'agrément tacite obtenu par l'écoulement du temps, ne sont pas valables. La rigueur de cette solution est justifiée car un dirigeant pourrait, sous son apparente négligence, avoir un intérêt au bénéficiaire de l'agrément²³⁰⁹. Toutefois, dans une telle situation, les associés

²³⁰³ C. com., art. L. 225-37 et L. 225-103 ; R. 225-65 ; Cass. com., 18 novembre 1974, Consorts Buzyn c/ Nicolas, *Bull. civ.* 1974, IV, p. 237 ; *Rev. sociétés* 1975, p. 273, note (Y.) CHARTIER ; *D.* 1975, IR, p. 28. Et sur renvoi : CA Lyon, 18 mars 1976, *Rev. sociétés* 1978, p. 102.

Adde LE NABASQUE (H.), « La sanction des délibérations adoptées par un conseil d'administration irrégulièrement composé », *RTDF* 2013, p. 108.

²³⁰⁴ À propos d'une société civile : Cass. 1^{ère} civ., 22 juillet 1987, n° 85-15.319. Les assemblées générales furent qualifiées de fictives en l'espèce. V. également Cass. com., 14 décembre 2004, n° 00-20.287, Chupin c/ Vouloir, *JurisData* n° 2004-026349, *Dr. sociétés* 2005, comm. 72, note (H.) HOVASSE.

²³⁰⁵ Cass. 3^{ème} civ., 8 juillet 2015, n° 13-27.248, FS-P, Société du Musée c/ Henry, *Dr. sociétés* 2015, comm. 189, note (R.) MORTIER ; *RTD com.* 2015, p. 533, note (A.) CONSTAN'TIN : « Il s'agissait de la part des demandeurs au pourvoi d'invoquer cette théorie pragmatique dite du "vote utile" ou du "vote efficace", consistant pour le juge à écarter lorsqu'il le peut (donc principalement dans le cas d'une nullité facultative) la nullité d'une décision sociale pour cette raison que l'irrégularité entachant l'adoption de cette décision n'aurait pas, au regard de la répartition des voix, d'incidence réelle sur la situation de droit [...] ». En l'espèce, la Cour de cassation a écarté cet argument[...]. »

²³⁰⁶ Cass. com., 29 septembre 2015, n° 14-16.142, F-D, H. c/ H., *Rev. sociétés* 2016, p. 46, note (J.-F.) BARBIÈRI.

²³⁰⁷ Cass. com., 26 janvier 1993, Madar et Falcone c/ Caudan, n° 91-13.862, *Bull. civ.* 1993, IV, n° 32, p. 20 ; *JCP E* 1993, II, 419, note (H.) LE NABASQUE ; *Rev. sociétés* 1993, p. 422, note (B.) SAINTOURENS. En l'espèce, la gérante avait volontairement omis de convoquer l'assemblée générale, et ce, afin de bénéficier de l'agrément tacite de la cession à laquelle elle était partie.

²³⁰⁸ Il fut ainsi jugé qu'un administrateur devait être valablement convoqué à la réunion du conseil d'administration, v. Cass. com., 7 mai 1973, *Bull. civ.* 1973, IV, p. 144 ; *Rev. sociétés* 1974, p. 534, 1^{ère} esp., note (M.) GUILBERTEAU.

Comp. Cass. com., 9 juillet 2002, *Bull. Joly Sociétés* 2003, p. 939, note (A.) COURET : « Mais attendu que la cour d'appel, qui a exactement retenu qu'aucune disposition impérative de la loi du 24 juillet 1966, ni aucune de celles qui régissent la nullité des contrats n'imposait au juge de prononcer la nullité d'une assemblée générale d'actionnaires, ou de ses délibérations, au motif que la convocation de celle-ci avait été faite par un conseil d'administration qui ne siégeait pas régulièrement, n'a fait qu'user de la faculté d'appréciation qui lui est accordée par l'article 159, alinéa 2, de la loi précitée, devenu l'article L. 225-104, alinéa 2, du Code de commerce, sans méconnaître les dispositions visées par le moyen, pour refuser de prononcer la nullité de l'assemblée du 20 novembre 1996 [...] ».

²³⁰⁹ *Comp.* une affaire où il fut jugé que les dirigeants ne portaient pas atteinte à leur devoir de loyauté en orientant la fixation du prix de cession des actions : Cass. com., 15 mars 2017, n° 15-18. 221 (F-D), L. c/ P., *Rev. sociétés* 2017, p. 493, note (K.) DECKERT.

peuvent obtenir la nomination d'un mandataire chargé de convoquer régulièrement l'organe social autorisé à statuer²³¹⁰. L'irrégularité du vote de l'agrément pose des problèmes autrement plus complexes.

615. Une irrégularité relative au calcul de la majorité du vote de l'agrément. Rendu à propos de l'ancienne majorité qualifiée requise pour modifier les statuts d'une SARL (avant l'entrée en vigueur de la loi n° 2005-882 du 2 août 2005), un arrêt de la Cour d'appel de Paris avait prononcé la nullité d'un agrément voté selon une majorité calculée uniquement d'après le nombre des associés présents. Or, pour être valable, il aurait fallu tenir compte dans ce calcul des associés convoqués²³¹¹.

Sanctionner cette délibération par la nullité paraît légitime, puisqu'elle permet d'anéantir une décision prise sans l'expression de l'ensemble des volontés requises, même en l'absence de sa mention expresse à l'article L. 223-30 du Code de commerce. Toutefois, cette décision de la Cour d'appel de Paris n'aurait peut-être pas aujourd'hui la même teneur en raison d'un arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation, le 30 mai 2012, lequel interprète littéralement les articles L. 235-1 et L. 223-30 du Code de commerce, pour en déduire l'inapplication de la nullité à la délibération sociale prise sur le fondement de ce dernier texte²³¹².

615-1. L'arrêt « SARL First Racing ». Au visa des articles L. 223-30 et L. 235-1 du Code de commerce, la Cour de cassation a énoncé un attendu de principe selon lequel : « [...] il résulte du second de ces textes que la nullité d'un acte modifiant les statuts d'une société commerciale ne peut résulter que d'une disposition expresse du livre deuxième du Code de commerce ou des lois qui régissent la nullité des contrats »²³¹³.

La Haute juridiction a ainsi censuré la décision de la Cour d'appel de Bourges²³¹⁴ pour avoir prononcé la nullité d'une délibération sociale ne respectant pas les clauses qui déterminaient la

²³¹⁰ C. com., art. L. 225-23, II.

Adde Cass. com., 19 juin 1990, *Rev. sociétés* 1990, p. 621, note (J.-P.) SORTAIS.

²³¹¹ CA Paris, 5^{ème} ch. B, 28 janvier 1999, SARL Noralyk c/ Cyhanem et a., *RTD com.* 1999, p. 441, comm. (Cl.) CHAMPAUD et (D.) DANET. Cette décision rendue sous l'empire de l'ancienne majorité qualifiée de la moitié des associés et des trois quarts des parts sociales (C. com., art. L. 223-30) est susceptible de concerner les SARL dont les statuts y font toujours référence.

²³¹² Cass. com., 30 mai 2012, n° 11-16.272, P+B, SARL First Racing c/ G., *JurisData* n° 2012-011529, *JCP E* 2012, n° 37, p. 1525, note (M.) ROUSSILLE, *ibid* n° 51-52, p. 31-32, (Fl.) DEBOISSY et (G.) WICKER ; *Revue Lamy Droit des Affaires* 2012, n° 75, p. 10-13, note (E.) MOUIAL BASSILANA ; *Revue de Jurisprudence Commerciale* 2012, n° 5, p. 37-39, (M.-H.) MONSÉRIÉ-BON ; *D.* 2012, p. 1581, note (B.) DONDERO ; *Bull. Joly Sociétés* 2012, n° 9, p. 615-618, note (A.) GAUDEMET.

²³¹³ *Préc.* v. ainsi : Cass. 3^{ème} civ., 13 avril 2010, n° 09-65.538, *AJDI* 2010, p. 826, obs. (S.) PORCHERON ; *Rev. sociétés* 2010, p. 319, obs. (A.) LIENHARD ; *Bull. Joly Sociétés* 2010, p. 821, note (A.) COURET et (B.) DONDERO.

Comp. rendu au visa de l'article L. 235-1, alinéa 2, du Code de commerce : Cass. com., 18 mai 2010, n° 09-14.855, P+B+I+R, Société Française de gastronomie c/ SAS Larzul, *Bull. civ.* 2010, IV, n° 93 ; *JurisData* n° 2010-006635 ; *D.* 2010, p. 1345, obs. (A.) LIENHARD ; *ibid.*, p. 2405, note (F.) MARMOZ ; *ibid.*, p. 2797, *spéc.* p. 2800, obs. (J.-Cl.) HALLOUIN ; *Rev. sociétés* 2010, p. 374, note (P.) LE CANNU ; *RTD civ.* 2010, p. 553, note (B.) FAGES ; *Bull. Joly Sociétés* 2010, p. 651, note (H.) LE NABASQUE ; *JCP E* 2010, p. 1562, note (A.) COURET et (B.) DONDERO. V. également, *supra* n° 611.

²³¹⁴ CA Bourges, ch. civ., 10 mars 2011, n° 10/01033, G. c/ SARL First racing, *JurisData* n° 2011-004596.

majorité applicable aux décisions modificatives des statuts. Or, selon la Cour de cassation, cette cause de nullité est inefficace car elle n'est pas mentionnée à l'article L. 223-30, précité, lequel régit, pour la SARL, les règles applicables à ces décisions.

Si cet arrêt fut approuvé par la doctrine pour l'énoncé d'un domaine restrictif des nullités, et cela conformément à l'esprit de la loi des sociétés, il fut revanche qualifié d'« étonnant »²³¹⁵, et même de « troubl[ant] »²³¹⁶ pour ses conséquences : la délibération prise ainsi étant parfaitement valable. Plus précisément, aussi logique soit-elle, l'interprétation littérale du principe susvisé aboutit à un résultat surprenant : celui de valider une délibération sociale prise par un associé majoritaire à 51%, en méconnaissance non seulement de la majorité statutaire, mais aussi de la majorité légale. Dans de telles circonstances, quel est alors l'intérêt pour la loi de prescrire des règles de majorité plus élevées pour modifier les statuts que celles existantes pour adopter les décisions ordinaires²³¹⁷ ? Plus grave encore, en l'espèce, cette décision extraordinaire avait pour objet le vote d'un coup d'accordéon, lequel est un acte qui remet en cause l'engagement des associés. L'atteinte de la sorte portée aux droits du minoritaire est indéniable, sa minorité de blocage ne le prémunissant pas d'une telle décision.

Cette solution et ses effets seraient-ils transposables au vote d'une délibération ayant pour objet un agrément ? *A priori* oui, l'agrément est aussi une décision extraordinaire modifiant les statuts²³¹⁸. Par transposition du résultat auquel aboutit la solution jurisprudentielle étudiée, un majoritaire pourrait donc imposer à un minoritaire l'acquéreur de son choix, tout en ne respectant pas les seuils de majorité.

Toutefois, cette solution ne sera pas toujours applicable. En effet, il convient de la combiner avec le principe énoncé par la même Chambre commerciale dans son célèbre arrêt « Larzul »²³¹⁹. Selon celui-ci, les actes ou délibérations sociales adoptés en méconnaissance d'aménagements

²³¹⁵ ROUSSILLE (M.), « Décisions extraordinaires adoptées sans la majorité requise : étonnant, mais la décision n'est pas nulle », note sous Cass. com., 30 mai 2012, n° 11-16.272, P+B, SARL First Racing c/ G., *JCP E* 2012, n° 37, p. 1525.

²³¹⁶ DONDERO (B.), « Caractère restrictif des nullités en droit des sociétés... et trouble », note sous Cass. com., 30 mai 2012, n° 11-16.272, P+B, SARL First Racing c/ G., *D.* 2012, p. 1581.

²³¹⁷ C. com., art. L. 223-29 et L. 223-30 ; v. en ce sens : ROUSSILLE (M.), *op. cit.* Cet auteur s'interroge : « L'assemblée ne dépasse-t-elle pas ses pouvoirs si elle adopte une décision extraordinaire en violation des exigences légales de majorité ? Reconnaître le contraire pourrait conduire à admettre qu'un associé détenant 1% adopte seul n'importe quelle décision, dès lors que les autres associés avaient été convoqués [...] ».

²³¹⁸ V. *supra* n° 440.

²³¹⁹ Cass. com., 18 mai 2010, n° 09-14.855, P+B+I+R, Société Française de gastronomie c/ SAS Larzul, *JurisData* n° 2010 - 006635 ; *JCP E* 2010, 1562, note (A.) COURET et (B.) DONDERO ; *Dr. sociétés* 2010, comm. 156, note (M.-L.) COQUELET ; *D.* 2010, p. 2405, (F.) MARMOZ ; *ibid.*, p. 1345, obs. (A.) LIENHARD ; *Rev. sociétés* 2010, p. 374, note (P.) LE CANNU ; *Bull. Joly Sociétés* 2010, p. 651, note (H.) LE NABASQUE ; rendu sur un pourvoi formé contre CA Rennes, 17 mars 2009, n°08/011847, *Bull. Joly Sociétés* 2009, p. 768, note (P.) LE CANNU. Confirmé par Cass. com., 19 mars 2013, n° 12-15.283, F-P+B, *Rev. sociétés* 2014, p. 51, note (P.) LE CANNU. V. *supra* n° 611.

Adde BORHAUSER-MITRANI (L.), « La violation d'une clause statutaire », *LPA* 1998, p. 11.

conventionnels autorisés par des dispositions impératives sont sanctionnés par la nullité. Dès lors, deux hypothèses doivent être distinguées : la première appliquant la solution de l'arrêt « Larzul », la seconde privilégiant la mention textuelle de la nullité, telle qu'exigée par l'arrêt « First Racing ».

- Premièrement, si la loi de l'agrément, dont l'impérativité n'est pas discutable²³²⁰, tolère que les statuts modifient les conditions d'adoption de la délibération sociale, comme ses conditions de vote par exemple²³²¹, alors, en application de la décision rendue le 18 mai 2010, la méconnaissance de ces stipulations sera sanctionnée par la nullité de la décision sociale, laquelle entraînera, corrélativement, celle du transfert des droits sociaux lorsque l'agrément avait été accordé.

- Deuxièmement, si les textes organisant les conditions d'adoption de la décision collective ne mentionnent pas la nullité comme sanction de l'irrespect de ces règles, alors la solution de l'arrêt rendu par la Chambre commerciale, le 30 mai 2012²³²², sera applicable : la décision illicite au regard de la loi ou de ses aménagements statutaires ne sera pas nulle, qu'elle accorde ou refuse l'agrément.

À cet égard, une vérification des textes s'impose. Or, il s'avère qu'aucun de ceux décrivant la procédure d'agrément ne sanctionne expressément par la nullité une délibération méconnaissant ses règles. Quant aux textes gouvernant les décisions modificatives des statuts, seul l'article L. 225-121 du Code de commerce vise la nullité des délibérations prononcées par les sociétés anonymes²³²³. Hormis ce cas, toutes les autres sociétés seraient susceptibles d'être concernées par la règle jurisprudentielle, aboutissant ainsi à un éclatement du droit, une même irrégularité étant susceptible d'être sanctionnée différemment d'une société à une autre.

²³²⁰ V. notamment *supra* n° 305.

V. pour les doutes à propos des contours de l'impérativité d'une disposition emportant la nullité d'un acte ou d'une délibération sociale au sens du droit des sociétés : BUREAU (D.), « Nullités sans frontières ? À propos des articles L. 235-1 et s. du Code de commerce », in *Liber Amicorum Philippe Merle*, Dalloz, 2012, p. 78, *spéc.* n° 19.

²³²¹ Pour les sociétés concernées par de possibles aménagements conventionnels, v. *supra* n° 363 et s.

²³²² Cass. com., 30 mai 2012, n° 11-16.272, P+B, SARL First Racing c/ G., *JurisData* n° 2012-011529, *JCP E* 2012, n° 37, p. 1525, note (M.) ROUSSILLE, *ibid* n° 51-52, p. 31-32, (Fl.) DEBOISSY et (G.) WICKER ; *Revue Lamy Droit des Affaires* 2012, n° 75, p. 10-13, note (E.) MOUIAL BASSILANA ; *Revue de Jurisprudence Commerciale* 2012, n° 5, p. 37-39, (M.-H.) MONSÉRIÉ-BON ; *D.* 2012, p. 1581, note (B.) DONDERO ; *Bull. Joly Sociétés* 2012, n° 9, p. 615-618, note (A.) GAUDEMET.

²³²³ Lorsque ces délibérations méconnaissent l'article L. 225-96 du Code de commerce, lequel édicte le seuil de majorité requis pour la modification des statuts.

Ce principe semble applicable à l'ensemble des sociétés par actions en vertu des renvois légaux à la société anonyme. De plus, les délibérations des associés d'une société civile seraient également sanctionnées par la nullité en raison de la généralité de l'article 1844-10, alinéa 3 du Code civil. Sont donc concernées par l'arrêt « SARL First racing » les SNC et les SARL.

Heureusement, par un arrêt du 10 février 2015, la Haute juridiction a privilégié l'impérativité de la procédure d'agrément²³²⁴. Comme l'a souligné une doctrine autorisée²³²⁵, la solution posée dans l'arrêt « SARL First Racing » de 2012 apparaît très probablement comme une invitation faite au législateur à préciser le champ des nullités en droit des sociétés. Il demeure absurde de valider une décision prise à des conditions contraires à celles requises par la loi pour modifier les statuts ; ces règles de majorité étant le socle de la vie du groupement²³²⁶. Dans le cadre de la procédure d'agrément, il serait néanmoins prudent qu'un tel risque soit prévenu uniformément dans les textes, par la mention de la nullité des délibérations irrégulières²³²⁷. Mais pour que cette action soit recevable, encore faut-il que les conditions auxquelles obéit son régime soient réunies.

B. Le régime de la nullité du transfert des droits sociaux pour irrégularité de la délibération sociale.

Principalement précisés par la jurisprudence, les éléments de ce régime seront successivement analysés.

616. La nature de l'action en nullité et ses titulaires. À plusieurs occasions, la Cour de cassation a indiqué qu'étaient seuls titulaires de cette action, la société et les associés dont l'agrément était requis. Cette exclusion des parties au transfert des droits sociaux, que ce soit le cessionnaire²³²⁸ ou l'associé cédant²³²⁹, et l'affirmation corrélatrice de la relativité de la nullité, sont

²³²⁴ Cass. com., 10 février 2015, n° 13-25.588, SARL Serpal, F-D, *Bull. Joly Sociétés* 2015, p. 238, note (J.-Ch.) PAGNUCCO : « Attendu qu'en statuant ainsi, alors que le non-respect des stipulations contenues dans les statuts ou le règlement intérieur n'est pas sanctionné par la nullité sauf lorsqu'il a été fait usage de la faculté, ouverte par une disposition impérative, d'aménager conventionnellement la règle posée par celle-ci et que la possibilité donnée aux associés de société à responsabilité limitée de limiter la cessibilité des parts sociales entre eux relève des dispositions impératives des articles L. 223-14 et L. 223-16 du Code de commerce, la cour d'appel a violé les textes susvisés ; [...] ».

²³²⁵ GAUDEMET (A.), « Absence de nullité des décisions extraordinaires adoptées en violation des règles statutaires de majorité dans une SARL : un arrêt de provocation ? », *Bull. Joly Sociétés* 2012, n° 9, p. 615.

²³²⁶ V. en ce sens : ROUSSILLE (M.), « Décisions extraordinaires adoptées sans la majorité requise : étonnant, mais la décision n'est pas nulle ! », *JCP E* 2012, p. 1525.

²³²⁷ V. pour la proposition de simplification, *infra* n° 644 et s.

²³²⁸ À propos d'une société civile, v. Cass. 3^{ème} civ., 19 juillet 2000, Navarre c/ Gautron, *JurisData* n° 2000-003014 ; *Bull. Joly Sociétés* 2000, p. 1083, p. 1083, note (P.) LE CANNU ; *Rev. sociétés* 2000, p. 737, note (J.-F.) BARBIÈRI. Par une substitution de motifs, la Cour de cassation décida que « [...] la Cour d'appel ayant constaté que la demande en nullité de la cession de parts sociales d'un cessionnaire et, alors que seuls les associés et la société peuvent invoquer les dispositions de l'article 1861 du Code civil ainsi que les stipulations statutaires prises en application de ce texte, l'arrêt se trouve légalement justifié par ce motif de pur droit, substitué à ceux de la Cour d'appel ».

À propos d'une SAS v. Cass. com., 14 décembre 2004, n° 00-20. 287, Chupin c/ Vouloir, *JurisData* n° 2004-026349, *Dr. sociétés* 2005, comm. 72, note (H.) HOVASSE : « Mais attendu que seuls la société ou les actionnaires dont l'agrément est requis pour autoriser une cession d'actions peuvent invoquer la nullité de la cession qui pourrait résulter du non-respect ou de l'irrégularité de cet agrément [...] ». À propos d'une SNC, v. Cass. com., 24 novembre 2009, n° 08-17.708, F-D, Follain et Visini c/ Direction nationale d'interventions domaniales (DNID) et Moyrand, *JurisData* n° 2009-050547, *Dr. sociétés* 2010, comm. 49, note (M.) ROUSSILLE. Affirmant « [...] que la circonstance que la cession de parts n'a pas reçu l'agrément unanime des associés ne peut être invoquée que par la société ou par les associés et non par le cessionnaire ». V. déjà à propos d'une SNC : Cass. req., 9 janvier 1928, *Journ. sociétés* 1930, p. 72.

conformes au but de l'agrément, celui-ci étant destiné à protéger l'*intuitu personae* inhérent à la société par le biais d'un contrôle du bénéficiaire de ce transfert²³³⁰. Il ne s'agit toutefois pas d'une nullité de droit commun, la prescription applicable étant celle du droit des sociétés.

617. La durée de la prescription. L'application de la prescription triennale fut affirmée par l'arrêt dit « Hébert » d'après lequel, puisque la nullité du transfert des droits sociaux est fondée sur une irrégularité affectant la délibération de l'agrément, alors la nullité spéciale du droit des sociétés et sa prescription doivent s'appliquer²³³¹. Il importe peu « [...] que l'irrégularité résulte d'une simple omission ou [d'une] fraude »²³³². Ainsi la délibération sociale ne se confond-t-elle pas avec la convention de cession, laquelle dépend de la nullité de droit commun en l'absence de notification²³³³. Par ailleurs, contrairement à cette dernière, le vice affectant la délibération sociale est régularisable par la société.

618. La possible régularisation de l'irrégularité. Cette possibilité se déduit de l'admission par la jurisprudence de la faculté, pour la société, de renoncer à invoquer la nullité²³³⁴. Elle ne bénéficiera toutefois pas d'un tel choix en présence d'un cessionnaire de bonne foi.

Comp. pour le rejet de l'action en nullité exercée par le cessionnaire sur le fondement d'un défaut de notification du projet de cession des parts sociales d'une SARL : à propos d'une SARL Cass. com., 11 février 1992, Époux Claden c/ Consorts Ziggelaar, *Bull. Joly Sociétés* 1992, p. 443, note (P.) LE CANNU ; *Dr. sociétés* 1992, comm. 114, note (H.) LE NABASQUE ; *Rev. sociétés* 1992, p. 494, note (Y.) CHARTIER. À ce sujet, v. *supra* n° 564 et s.

²³²⁹ À propos d'une société civile mais également valable pour les sociétés commerciales : Cass. 3^{ème} civ., 6 décembre 2000, Schatt c/ Tourneur et autres, *JurisData* n° 2000-007217, *Dr. sociétés* 2001, comm. 39, note (Th.) BONNEAU ; *JCP E* 2001, 24, p. 1001, note (R.) BESNARD GOUDET ; *D.* 2001, Cahier de droit des affaires, p. 311, note (A.) LIENHARD ; *D.* 2002, p. 481, (J.-Cl.) HALLOUIN ; *Bull. Joly Sociétés* 2001, n° 3, p. 298, note (P.) LE CANNU ; *RTD com.* 2001, p. 165, note (M.-H.) MONSÉRIÉ-BON ; *Rev. sociétés* 2001, p. 165, note (Y.) GUYON. Selon cet arrêt : « [...] seuls les associés dont le consentement est requis pour la cession et la société [peuvent] invoquer les dispositions de l'article 1861 du Code civil ». Cass. 3^{ème} civ., 6 octobre 2004, Hébert c/ CRCA du Finistère, *RTD com.* 2005, p. 122, obs. (M.-H.) MONSÉRIÉ-BON ; *Rev. sociétés* 2005, p. 152, note (B.) SAINTOURENS ; *ibid.*, p. 411, note (J.-F.) BARBIÈRI ; *D.* 2004, p. 2719, obs. (A.) LIENHARD.

²³³⁰ À propos du but de l'agrément, v. *supra* n° 11 et s.

Pour une réflexion à propos de l'intérêt à agir en nullité en droit des sociétés, *adde* HANNOUN (Ch.), « L'action en nullité et le droit des sociétés », *RTD com.* 1993. 227.

²³³¹ C. com., art. L. 235-9. Cass. 3^{ème} civ., 6 octobre 2004, Hébert c/ CRCA du Finistère, *RTD com.* 2005, p. 122, obs. (M.-H.) MONSÉRIÉ-BON ; *Rev. sociétés* 2005, p. 152, note (B.) SAINTOURENS ; *Rev. sociétés* 2005, p. 411, note (J.-F.) BARBIÈRI ; *Bull. Joly Sociétés* 2005, p. 114, obs. (P.) LE CANNU ; *JCP E* 2004, p. 1773, note (H.) HOVASSE ; *D.* 2004, AJ p. 2719, note (A.) LIENHARD.

²³³² Cass. 3^{ème} civ., 15 octobre 2015, n° 14-17.517, F-D, Gustinelli c/ Société Cargèse Holding, « [...] l'action en annulation d'une cession de droits sociaux exclusivement fondée sur une irrégularité tirée des statuts et les actions en nullité des délibérations d'une assemblée générale, sont soumises à la prescription triennale prévue par l'article 1844-14 du Code civil, applicable à toutes les actions en nullité visant les actes et délibérations postérieurs à la constitution de la société, sans qu'il ne soit distingué selon le caractère relatif ou absolu de la nullité invoquée, peu important que l'irrégularité résulte d'une simple omission ou, comme il est allégué, de la fraude [...] », *Dr. sociétés* 2016, comm. 3, note (R.) MORTIER (*fav.*) ; *Bull. Joly Sociétés* 2016, n° 2, p. 103, obs. (M.) CAFFIN-MOI (plutôt *défav.* en raison des faits de l'espèce).

²³³³ À propos d'un arrêt isolé ayant appliqué la prescription de trois ans à la nullité de la cession : Cass. com., 9 novembre 1993, J.-P. Barrault c/ Société création J.-P. Simart et autres, *D.* 1994, p. 435, note (D.) VELARDOCCIO (à propos de la nullité de la convention réalisée sans notification, v. *supra* n° 564 et s.).

²³³⁴ Cass. com., 21 mars 1995, n° 93-14.564, Société Alma Intervention SNC c/ Roche, *JurisData* n° 1995-000698, *JCP N* 1995, II, p. 1398 ; *Bull. Joly Sociétés* 1995, p. 526, note (P.) LE CANNU ; *JCP E* 1995, I, 475, obs. (A.) VIANDIER et (J.-J.) CAUSSAIN, *spéc.* n° 12. V. également Cass. com., 7 juillet 2004, n° 00-22.411, SA Coprosa c/ SARL Euoc, *Dr. sociétés* 2004, comm. 173, note (J.) MONNET.

619. L'incidence de la bonne foi du cessionnaire. La bonne foi du bénéficiaire proposé des droits sociaux peut-elle être un obstacle à l'aboutissement de l'action en nullité de la convention de transfert ? Aux termes de l'article 1844-16 du Code civil, « ni la société ni les associés ne peuvent se prévaloir d'une nullité à l'égard des tiers de bonne foi »²³³⁵, sachant qu'un tiers sera de mauvaise foi s'il a eu connaissance de l'irrégularité affectant la délibération²³³⁶. Il convient de distinguer à cet égard selon la qualité de l'ayant cause de l'associé. Si celui-ci est déjà associé, alors il sera considéré comme étant de mauvaise foi, du fait de son droit à participer aux affaires sociales, si du moins, le pouvoir d'agréer n'a pas été délégué à la gérance²³³⁷. Dans le cas contraire, la preuve de la connaissance du tiers cessionnaire sera plus difficile à rapporter et constituera un sérieux obstacle à la recevabilité de l'action. Dans ce cas, la société n'aura d'autre choix que de régulariser la délibération ou l'acte irrégulier *a posteriori*, comme l'y invite largement le droit positif²³³⁸. Cette régularisation sera d'autant plus souhaitable qu'elle évitera un engagement de la responsabilité de la société, ou des titulaires du pouvoir d'agréer, si l'associé cédant ou son ayant droit estiment subir un préjudice du fait d'actes fautifs ou, abusifs, commis à l'occasion du déroulement de la procédure d'agrément.

§ II. La responsabilité délictuelle du ou des titulaires du pouvoir d'agréer.

620. Plan. Outre la nécessité de prouver un lien de causalité, l'engagement de la responsabilité délictuelle du titulaire du pouvoir d'agréer nécessite la réunion des deux conditions fondamentales exigées par l'article 1240 du Code civil : la réalisation d'abus ou de fautes délictuelles (I), desquels découle un préjudice (II).

²³³⁵ Une disposition identique existe pour les sociétés commerciales à l'article L. 235-12, alinéa 1^{er} du Code de commerce.

²³³⁶ Cass. req., 8 novembre 1880, *S.* 1881, 1, p. 248.

Rappr. pour les conséquences de l'annulation d'une cession de droits sociaux en raison de la mauvaise foi des cessionnaires, et notamment, la restitution au cédant des fruits produits par les parts sociales litigieuses : Cass. com., 2 février 2016, n° 14-19.278, F-D, Gauvan c/ Napoléon, *Dr. sociétés* 2016, comm. 139, obs (R.) MORTIER.

²³³⁷ Pour les hypothèses de conflit d'intérêts, v. *supra* n° 353.

²³³⁸ C. com., art. L. 235-3.

Adde LEGROS (J.-P.), « Comment éviter la nullité d'une délibération sociale ? », *LPA* 2 avril 2002, n° 66, p. 6-7.

I. L'abus de droit et les fautes du ou des titulaires du pouvoir d'agréeer.

621. Plan. Dans son arrêt « Naïs » de 1992²³³⁹, la Cour de cassation reprocha aux juges du fond de ne pas avoir recherché « [...] s'il n'y avait pas eu des abstentions fautives et des manœuvres de la part de la société et de ses dirigeants ayant conduit à empêcher toute cession, [...], génératrices de préjudice ». Chaque point de cet énoncé sera étudié successivement : d'abord les fautes et les manœuvres commises dont fait partie l'abus de droit (A), puis les personnes responsables (B)²³⁴⁰.

A. La teneur de l'abus de droit et des fautes délictuelles.

622. Plan. Ces deux manquements sont susceptibles d'engager la responsabilité délictuelle de leurs auteurs. L'abus de droit (1) se distingue néanmoins des autres fautes et manœuvres (2).

1. L'abus de droit.

623. L'objet de l'abus de droit : les circonstances entourant le refus d'agréeement. Précédemment, il a été observé que le caractère discrétionnaire de la décision d'agréeement était parfaitement licite²³⁴¹. Il ne s'agit d'ailleurs pas du seul droit discrétionnaire que connaît le droit des sociétés. Une autre de ses figures emblématiques est la révocation *ad nutum* des dirigeants sociaux. Toutefois, il est admis qu'en dépit de ce caractère, ces derniers puissent obtenir des dommages-intérêts lorsque les circonstances entourant leur révocation sont fautives²³⁴².

²³³⁹ Cass. com., 25 février 1992, n° 90-14.975, Naïs c/ Société SDMS et autres, *Bull. Joly Sociétés* 1992, p. 519, note (P.) LE CANNU.

Rappr. Cass. Ass. plén., 6 octobre 2006, n° 05-13.255, D. 2006, p. 2825, (G.) VINEY. L'Assemblée plénière s'est prononcée en faveur de la responsabilité du débiteur à l'égard du tiers auquel il avait causé un dommage en manquant à son obligation contractuelle.

²³⁴⁰ Préalablement à leur étude, il convient de souligner que la preuve des fautes est facilitée par le caractère discrétionnaire de l'agréeement, les plaideurs n'ont pas à rapporter sa contrariété à l'intérêt social comme l'exigerait un abus de majorité ou de minorité.

V. LE CANNU (P.), DONDERO (B.), *Droit des sociétés*, Montchrestien, 6^{ème} éd., 2015, p. 113, n° 157 (abus de majorité) et p. 116, n° 160 (abus de minorité).

V. *supra* n° 405.

²³⁴¹ V. *supra* n° 612 et s.

²³⁴² V. par exemple : Cass. com., 10 novembre 2015, n° 14-20.301, *Dr. sociétés* 2016, n° 2, comm. 29, obs. (D.) GALLOIS – COCHET : « La révocation vexatoire ou portant atteinte à l'honneur et à la réputation n'est pas établie par la diffusion d'un courrier annonçant, aux seules fins d'informations des membres du groupe, le départ du dirigeant en raison de fautes graves, aucune imputation diffamatoire n'y figurant et les faits sanctionnés ne s'y trouvant pas détaillés ».

Le cas du refus d'agrément est strictement identique. Ses motifs ne peuvent être contrôlés contrairement aux circonstances l'entourant, lesquelles peuvent être en revanche jugées abusives si une intention de nuire est constatée²³⁴³. Les décisions sont rares car, en pratique, la preuve d'un tel abus est difficile à rapporter en l'absence de précision des motifs de la décision, spécialement sur le fondement de l'abus de majorité ou de minorité. Ainsi fut-il jugé que n'était pas abusive, faute de contrariété à l'intérêt social, la résolution de l'assemblée générale extraordinaire d'une SCI par laquelle un associé devenait majoritaire, consécutivement à l'agrément de la cession conclue avec un de ses coassociés²³⁴⁴. Si l'abus n'est donc pas aisé à caractériser, la preuve d'une faute ou d'une manœuvre est en revanche plus facile à constituer.

2. La nature des fautes et des manœuvres génératrices de responsabilité.

624. Une absence de définition bienvenue. L'arrêt étudié mentionne des « abstentions fautives » et des « manœuvres », sans préciser exactement quels vices appartiennent à ces catégories de faute²³⁴⁵. Cette imprécision est salutaire ; ces fautes enveloppent de la sorte le plus grand nombre d'irrégularités possibles : convocation ou délibération irrégulière, erreur sur l'organe compétent, etc.²³⁴⁶

Globalement, il est possible d'affirmer que ces abstentions fautives regroupent l'ensemble des irrégularités susceptibles d'entraîner la nullité de la décision sociale²³⁴⁷. Les irrégularités peuvent

²³⁴³ V. par exemple : Cass. com., 13 juin 1995, n° 92-21.843, Serege c/ Bleuzen, *RTD civ.* 1997, p. 128, obs. (J.) MESTRE : « [...] ayant relevé que M^{me} Legrand avait profité des contraintes financières pesant sur M. Bleuzen pour lui imposer une clause de non-rétablissement, dont les limites géographiques accrues par rapport aux propositions qu'il avait faites et aux exigences du cessionnaire de ses parts ne présentaient aucune utilité au regard de la situation de concurrence de la pharmacie du Croisic et avaient pour seul objet de l'empêcher d'acquérir l'officine des conjoints Serege, la cour d'appel a pu décider que l'intéressée, qui n'avait été animée que par la volonté de nuire à son associé, avait commis un abus de droit à l'encontre de celui-ci ». CA Paris, 5^{ème} ch. sect. B, 23 avril 1998, n° 96/12172, Layous c/ Sauviat, *Bull. Joly Sociétés* 1998, p. 959, note (J.-J.) DAIGRE. Dans cet arrêt, un des associés d'une société civile de moyens de masseurs-kinésithérapeutes refusait arbitrairement d'agréer tout successeur présenté par son associé. Les magistrats de la Cour d'appel de Paris ont jugé que l'associé titulaire du pouvoir d'agréer faisait un usage abusif de son droit de refuser l'agrément du successeur présenté et privait ainsi son associée du prix qu'elle pouvait retirer de la présentation de sa clientèle à un successeur. Et déjà : CA Rennes, 14 avril 1904, *Journ. sociétés* 1904, p. 426.

Rappr. à propos d'une association : Cass. 1^{ère} civ., 6 mai 2010, n° 09-66.969, *RTD civ.* 2010, note (B.) FAGES ; *D.* 2010, p. 1279, obs. (X.) DELPECH ; *ibid.* p. 2413, note (G.) HELLERINGER ; *ibid.* p. 2178, note (D.) MAZEAUD ; *Dr. sociétés* 2010, n° 135, comm. (H.) HOVASSE ; *Revue Lamy droit des affaires* juillet-août 2010, n° 73, obs. (J.) MESTRE ; *Rev. sociétés* 2010, p. 511, note (D.) RANDOUX.

Plus généralement sur le détournement de la finalité de l'agrément, v. STOFFEL-MUNCK (Ph.), *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, préf. R. Bout, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, t. 337, 2000, p. 521, n° 714.

²³⁴⁴ Cass. 3^{ème} civ., 18 juin 1997, n° 1087, P, Société civile immobilière de Caluire c/ Société de gestion Renaud et autre, *Bull. Joly Sociétés* 1997, p. 968, note (P.) LE CANNU.

Pour plus de précisions sur les hypothèses de conflit d'intérêts : v. *supra* n° 381 et s.

Adde MAGNIER (V.), *Droit des sociétés*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2017, p. 106, n° 166.

²³⁴⁵ Cass. com., 25 février 1992, n° 90-14.975, Naïs c/ Société SDMS et autres, *préc.*

²³⁴⁶ Pour des exemples d'irrégularités liées à la procédure d'agrément, v. *supra* n° 612 et s.

²³⁴⁷ V. *supra* n° 609 et s.

ainsi être formelles ou frauduleuses comme y fait référence le terme de « manœuvres » et être, par exemple, constituées par l'exercice de diverses pressions pour voter le refus d'agrément ou par la dissuasion du cessionnaire pressenti, le retard de l'expertise, ou encore, l'empêchement d'un actionnaire de se porter acquéreur²³⁴⁸. Si la nature de ces fautes et manœuvres n'est pas définie, les personnes susceptibles d'être responsables sont en revanche précisément désignées par la Cour de cassation.

B. Les responsables.

625. La société, ses dirigeants et ... ses associés. C'est toujours dans l'arrêt dit « Naïs »²³⁴⁹ que la Cour de cassation mentionne la possibilité d'engager la responsabilité de la société et celle de ses dirigeants.

L'action contre les dirigeants est indiscutable s'il leur a été délégué le pouvoir de décider d'une demande d'agrément : ils peuvent le détourner à l'instar de n'importe quel autre pouvoir, et ce détournement doit être sanctionné comme tel. À cet égard, la société ne saurait supporter une responsabilité du fait d'autrui. Elle n'est pas commettant de ses dirigeants et n'a pas sur eux un pouvoir de surveillance, de direction et de contrôle ; le pouvoir d'agrément est en principe autonome de toute subordination²³⁵⁰. Mais en fonction de l'organisation de chaque structure sociétaire, de la liberté accordée aux statuts pour choisir l'organe social - décideur de l'agrément, les dirigeants ne seront pas nécessairement compétents et, par conséquent, responsables²³⁵¹.

Dès lors, à quel titre la responsabilité de la société peut-elle être engagée comme l'affirme la Haute juridiction ? La société étant une représentation de la collectivité des associés vis-à-vis des

²³⁴⁸ Pour des exemples de manœuvres fautives, v. Cass. com., 4 juillet 2006, SARL Les et a. c/ Vigneaux et a., n° 03-16.698, *RTD com.* 2007, p. 158, (D.) DANET et (Cl.) CHAMPAUD ; *Rev. sociétés* 2007, p. 80, (J.-F.) BARBIERI ; *D.* 2006, AJ, p. 2102, obs. (A.) LIENHARD ; Cass. com., 7 janvier 2004, n° 26 FD, Consorts X. c/ Consorts X., *Bull. Joly Sociétés* 2004, n° 5, p. 682, note (Th.) MASSART ; Cass. com., 13 février 2001, n° 98-17.347, n° 291 F-D, A. Sauviat c/ C. Layous.

Pour un exemple plus général de fraude, v. par exemple, l'annulation d'une délibération de conseil d'administration : CA Versailles, 29 juin 2000, *Bull. Joly Sociétés* 2000, p. 1149, note (P.) LE CANNU. Le conseil d'administration s'est déroulé dans une précipitation anormale dont le but était très vraisemblablement d'écarter un administrateur afin de permettre l'agrément d'un tiers et son entrée en force dans le capital de la société pour en prendre ultérieurement le contrôle.

²³⁴⁹ Cass. com., 25 février 1992, n° 90-14.975, Naïs c/ Société SDMS et autres, *Bull. Joly Sociétés* 1992, p. 519, note (P.) LE CANNU. Cette possibilité se déduit du reproche adressé aux juges du fond de ne pas avoir recherché : « [...] s'il n'y avait pas eu des abstentions fautives et des manœuvres de la part de la société et de ses dirigeants ayant conduit à empêcher toute cession, [...], génératrices de préjudice ».

²³⁵⁰ En ce sens, v. LE CANNU (P.), note sous Cass. com., 25 février 1992, n° 90-14.975, Naïs c/ Société SDMS et autres, *Bull. Joly Sociétés* 1992, p. 519. Pour un exemple d'action fondée sur la responsabilité des dirigeants (rejetée en l'espèce), v. notamment : Cass. Com., 25 janvier 2017, n° 14-29.726, F-D, *JCP E* 2017, n° 20, p. 1262, note (R.) MORTIER.

V. pour la possibilité de créer une telle subordination, *infra* n° 354 et s.

Adde MAGNIER (V.), *Droit des sociétés*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2017, p. 112, n° 177.

²³⁵¹ À propos de l'organe compétent pour décider de l'agrément, v. *supra* n° 331 et s.

tiers²³⁵², l'action exercée en l'espèce ne pouvait l'être que par une personne extérieure à celle-ci, pour un préjudice consécutif à la délibération sociale. En revanche, si le demandeur avait été un associé, cédant ou cessionnaire, alors il aurait dû agir sur le terrain des abus de majorité ou de minorité à l'encontre des associés responsables du vote.

Toutefois, il existe une évolution jurisprudentielle ouvrant également aux tiers la possibilité d'agir contre ces derniers, en raison d'une « faute intentionnelle d'une particulière gravité, incompatible avec l'exercice normal des prérogatives attachées à la qualité d'associé »²³⁵³. Fortement critiquée pour constituer « une entorse à la personnalité morale »²³⁵⁴, le visa de l'article 1842 du Code civil donne un indice, paradoxal, du fondement de cette action. En effet, en plus de consacrer la théorie de la réalité de la personnalité morale en accordant sa jouissance à la société dès son immatriculation, celui-ci dispose à son alinéa 2 que : « Jusqu'à l'immatriculation, les rapports entre les associés sont régis par le contrat de société et par les principes généraux du droit applicables aux contrats et obligations ».

Les déductions chronologiques de cet article semblent suivre une logique institutionnelle : avant l'immatriculation, la société est dominée par le contrat, après, elle l'est par l'institution sociétaire, c'est-à-dire, la loi. Cette logique est-elle pour autant vraie ? La présence de l'agrément dément la disparition du contrat de société après son immatriculation puisqu'il est une émanation de l'*intuitu personae*, lequel ne peut exister sans le support d'un contrat²³⁵⁵. La reconnaissance jurisprudentielle d'une faute personnelle de l'associé conduit à lire différemment ce dernier alinéa, sans sa dimension institutionnelle. À côté de l'existence de la personnalité morale, les associés sont aussi liés par des rapports contractuels. Il s'en déduit que, à l'instar de tout cocontractant, ces derniers sont susceptibles de voir leur responsabilité engagée par un tiers, s'il est lésé par leur commission d'une faute contractuelle²³⁵⁶. Cette solution apparaît de la sorte juridiquement fondée. En outre, elle s'avère équitable car elle permet de sanctionner directement les auteurs de la faute, plutôt que la collectivité des associés²³⁵⁷. Mais pour que cette action aboutisse, encore faut-il prouver l'existence d'un préjudice.

²³⁵² Cette affirmation est toutefois limitée par l'existence des sociétés unipersonnelles, lesquelles ont davantage pour fonction d'être un patrimoine d'affectation que la représentation de la collectivité des associés.

Pour plus de précisions à ce propos, v. *infra* n° 162.

²³⁵³ Cass. com., 18 février 2014, n° 12-29.752, (n° 197 FS-P+B), *Rev. sociétés* 2014, p. 491, note (B.) DONDERO ; *D.* 2014, p. 764, obs. (Th.) FAVARIO.

²³⁵⁴ Pour des observations critiques, v. CAFFIN – MOI (M.), « La responsabilité pour faute de l'associé : une évolution à front renversé », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Germain*, LexisNexis – Lextenso, 2015, p. 201, *spéc.* n° 15.

²³⁵⁵ À propos de la notion contractuelle d'*intuitu personae*, v. *supra* n° 12. Pour plus de développements sur les rapports contractuels des associés, v. *infra* n° 157.

²³⁵⁶ V. en ce sens : Cass. ass. plén., 6 octobre 2006, n° 05-13.255, *Bull. civ. ass. plén.*, n° 9, p. 23, *D.* 2006, p. 2825, note (G.) VINEY ; *RTD civ.* 2007, p. 123, note (P.) JOURDAIN ; Cass. com., 28 janvier 2014, n° 12-27.703, (P-B) ; Cass. 2^{ème} civ., 6 février 2014, n° 13-10.540 et 13-10.745, *Rev. contrats* 2014, n° 3, p. 365, obs. (S.) CARVAL.

²³⁵⁷ V. déjà en ce sens : LE CANNU (P.), *note préc.* : « [...] si c'est l'assemblée générale qui doit se prononcer sur l'agrément, on peut aller jusqu'à envisager une faute ... de tous les autres actionnaires hormis le cédant ... ».

II. Le préjudice causé à l'associé cédant et à son ayant cause.

L'associé cédant comme son ayant cause peuvent subir une perte de chance en raison des fautes commises par la société.

626. Une perte de chance subie par l'associé cédant. En refusant de considérer le cédant comme suffisamment protégé par l'agrément tacite, spécialement si le cessionnaire proposé se désiste, la Cour de cassation lui permet de se plaindre du préjudice causé par la commission des fautes susvisées, ce qui n'était pas le cas sous l'empire de sa jurisprudence antérieure²³⁵⁸.

Bien que la nature de ce préjudice ne soit pas précisée par l'arrêt « Naïs »²³⁵⁹, un arrêt ultérieur, du 7 janvier 2004, a validé l'analyse des juges du fond selon laquelle, les minoritaires avaient perdu une chance de sortir de la société²³⁶⁰. Néanmoins, leur calcul du montant de l'indemnisation fut censuré par le rappel de la règle selon laquelle : « [...] la réparation du préjudice consistant dans la perte d'une chance doit être mesurée à la valeur de la chance perdue et ne peut être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée »²³⁶¹.

En l'espèce, la Cour d'appel avait été particulièrement généreuse en accordant aux minoritaires une indemnité égale au prix initialement proposé par le cessionnaire. Or, de cette évaluation résultait pour eux un indéniable enrichissement injustifié puisqu'ils obtenaient l'intégralité du prix, tout en conservant leurs droits sociaux. Une indemnisation comparable ne serait pas non plus admissible au profit du bénéficiaire proposé.

627. Une perte de chance subie par le cessionnaire proposé. Il est possible d'imaginer que celui-ci puisse engager la responsabilité de la société s'il subit un préjudice du fait de l'annulation du transfert des droits sociaux, consécutivement à la nullité de la délibération sociale par laquelle la société lui avait accordé son agrément. Toutefois, ceci ne vaut que pour le bénéficiaire informé de l'irrégularité, c'est-à-dire, le bénéficiaire de mauvaise foi au sens de l'article 1844-16 du Code civil et, encore faut-il que son action soit jugée recevable en raison d'un intérêt à agir. Dès lors, si tel est le cas, se pose la question du montant de son indemnisation, dont il est impossible d'imaginer qu'il soit l'équivalent du prix qu'il avait payé à l'associé cédant ; ce préjudice se distinguant du remboursement consécutif à l'annulation du transfert des droits sociaux.

²³⁵⁸ Pour les références à cette jurisprudence, v. LE CANNU (P.), *note préc.*

²³⁵⁹ Cass. com., 25 février 1992, n° 90-14.975, Naïs c/ Société SDMS et autres, *Bull. Joly Sociétés* 1992, p. 519, note (P.) LE CANNU.

²³⁶⁰ Cass. com., 7 janvier 2004, n° 26 FD, Consorts X. c/ Consorts X., *Bull. Joly Sociétés* 2004, n° 5, p. 682, note (Th.) MASSART.

²³⁶¹ Cass. com., 7 janvier 2004, n° 26 FD, Consorts X. c/ Consorts X., *préc.*

Conclusion Section II. La violation de la procédure d'agrément par les acteurs sociaux.

628. Des éléments légaux à préciser. Cette violation peut prendre deux formes : celle d'irrégularités formelles internes²³⁶² et celle de fautes délictuelles²³⁶³.

- Si elles sont, en principe, sans incidence sur la convention ayant pour objet le transfert des droits sociaux²³⁶⁴, ces irrégularités internes peuvent être constituées par des contradictions ou des lacunes des statuts par rapport à la loi. Les contradictions sont neutralisées par la sanction de la clause réputée non écrite, laquelle est généralisée à l'ensemble des sociétés par la jurisprudence, en l'absence de mention textuelle²³⁶⁵. Tandis que les lacunes des statuts, ou plutôt, la lacune résidant exclusivement dans l'absence de mention statutaire du titulaire du pouvoir d'agréer d'une société par actions est rigoureusement sanctionnée par l'inopposabilité aux tiers de sa clause d'agrément²³⁶⁶. Cette dernière sanction est critiquable en raison du risque d'insécurité juridique qu'elle crée, laquelle est en partie liée à l'imprécision de la loi. Or son application serait plus sûre si la compétence de principe de l'assemblée générale, telle qu'affirmée par la Cour de cassation, était légalement consacrée²³⁶⁷.

Cependant, par exception, ces irrégularités peuvent avoir une incidence sur le transfert envisagé. Cette incidence peut être positive si la société ne respecte pas le délai procédural pour acquérir les droits sociaux du cédant. Dans ce cas, si le cessionnaire initial ne s'est pas désisté, alors il bénéficiera d'un agrément donné tacitement, en vertu de la loi²³⁶⁸. L'hypothèse contraire est plus problématique. En présence d'un désistement, la jurisprudence a dû préciser le régime de l'obligation de rachat afin que son efficacité ne soit pas entachée par l'expiration du délai, car la législation fut édictée sur le postulat d'une cession encore possible à ce stade²³⁶⁹. Ainsi la Cour de cassation considère-t-elle que l'absence de désistement du cessionnaire s'analyse comme une condition résolutoire de l'obligation de la société²³⁷⁰. Le cas échéant, celle-ci reste engagée. Cette précision est bienvenue car l'analyse du délai, en tant que terme de l'obligation, faisait perdre à sa

²³⁶² V. *supra* n° 590.

²³⁶³ V. *supra* n° 620.

²³⁶⁴ V. *supra* n° 591.

²³⁶⁵ V. *supra* n° 593 et s.

²³⁶⁶ C. com., art. R. 210-4, alinéa 2, 2, relatif au droit commun des sociétés par actions (v. *supra* n° 599 et s.).

²³⁶⁷ V. *supra* n° 430.

²³⁶⁸ V. *supra* n° 602 et s.

²³⁶⁹ À propos des travaux législatifs précédant l'adoption de la loi de 1966, v. la synthèse réalisée par : HAMIAUT (M.), *La réforme des sociétés commerciales*, vol. 1, 2, 3, Dalloz, 1966.

²³⁷⁰ V. *supra* n° 604 et s.

sanction son caractère dissuasif : la société n'avait qu'à attendre l'échéance du terme et le probable désistement du demandeur initial, pour être libérée de son obligation de rachat, anéantissant de la sorte le droit de l'associé cédant de sortir de la société.

Mais cette incidence peut aussi être négative lorsque la délibération accordant l'agrément est irrégulière²³⁷¹ : alors, le transfert est susceptible d'être nul si la société ou les associés exercent cette action spéciale, avant l'extinction de la prescription triennale²³⁷². En pratique, le prononcé de cette nullité risque d'être limité car elle est inopposable au tiers de bonne foi, ce que sera le cessionnaire extérieur au cercle sociétaire, en l'absence de preuve contraire²³⁷³.

- En second lieu, si l'associé cédant ou son ayant droit subissent une perte de chance, alors la responsabilité délictuelle de la société, ou celle de ses dirigeants, est susceptible d'être engagée, à condition toutefois, qu'une faute ou un abus de droit de leur part soient démontrés²³⁷⁴. Depuis une évolution jurisprudentielle récente, il est même possible d'envisager l'engagement de la responsabilité des associés. Cette possibilité doit être approuvée, car le fondement de l'ouverture d'une telle action semble similaire à celui autorisant l'action exercée par un tiers, pour le préjudice causé par une faute contractuelle²³⁷⁵. Cette solution invite à repenser la société comme étant un contrat spécial entre les associés, lequel peut avoir des incidences sur les tiers en dépit de la façade constituée par la personnalité morale. La résurgence de cette conception contractuelle n'est guère surprenante. Elle s'exprime également à travers l'étude de l'agrément, qu'il s'agisse de son domaine ou même, plus étonnamment, de sa procédure, laquelle rejait jusqu'à ses sanctions. Car l'agrément manifeste la présence d'une notion subjective, et donc contractuelle, au sein de ces rapports : *l'intuitu personae*. Seule cette analyse permet d'avoir une vision globale de son régime et, ainsi, de poser les bases de sa rationalisation.

²³⁷¹ V. *supra* n° 609 et s.

²³⁷² V. *supra* n° 617.

²³⁷³ V. *supra* n° 619.

²³⁷⁴ V. *supra* n° 622.

²³⁷⁵ V. *supra* n° 625.

Conclusion Chapitre I.

Des sanctions mal déterminées.

629. Une nature et un régime à préciser en fonction de chaque type d'irrégularité. Les règles de la procédure d'agrément sont d'ordre public, vis-à-vis des parties au projet de transfert des droits sociaux comme des acteurs sociaux. Cependant, les uns comme les autres peuvent ne pas les respecter. Ils encourent alors diverses sanctions.

- Ainsi les parties à ce projet peuvent-ils méconnaître l'obligation de notifier leur demande d'agrément à la société, ou même, conclure la cession en fraude de sa procédure. Chacune de ces violations est majoritairement sanctionnée par la nullité du transfert réalisé. Cette sanction est acquise lorsqu'il s'agit de sanctionner une fraude²³⁷⁶, mais elle est plus discutable, tant en théorie qu'en pratique, dans la seconde hypothèse d'un transfert réalisé sans notification²³⁷⁷. À plusieurs égards, l'inopposabilité serait plus adaptée, tout en garantissant l'efficacité de l'impérativité des règles procédurales²³⁷⁸. En effet, cette dernière s'avère non seulement justifiée par sa protection de l'intérêt d'un tiers à l'acte litigieux, en le privant d'effet à son égard, mais son régime est également plus souple que celui de la nullité, dont la rétroactivité est parfois incompatible avec les effets de certaines opérations. De la sorte, elle assurerait une unification de la sanction du défaut de la notification, sans modifier sa nature au gré des circonstances d'espèce comme le fait actuellement la jurisprudence²³⁷⁹.

- Les parties au projet ne sont toutefois pas les seules susceptibles d'enfreindre la procédure d'agrément. Les acteurs sociaux peuvent eux aussi méconnaître ses règles internes. Ces violations pourront tantôt ne pas avoir d'incidence sur le transfert des droits sociaux, lorsque la sanction de la clause réputée non écrite sera requise, tantôt en avoir une, positive comme négative. La négligence de la société influera ainsi positivement sur le transfert lorsque les délais procéduraux ne seront pas respectés. L'ayant cause proposé sera alors réputé agréé²³⁸⁰, sous réserve toutefois de son désistement. Dans cette hypothèse, la jurisprudence a précisé le régime de l'obligation de rachat de la société : elle existe sous la condition résolutoire du maintien de l'engagement du

²³⁷⁶ V. *supra* n° 584.

²³⁷⁷ V. *supra* n° 567.

²³⁷⁸ V. *supra* n° 569.

²³⁷⁹ V. *supra* n° 566.

²³⁸⁰ V. *supra* n° 601 et s.

bénéficiaire présenté²³⁸¹. En revanche, l'influence sur le transfert sera négative lorsque la délibération sociale accordant l'agrément est irrégulière. Le régime des nullités du droit des sociétés s'appliquera dès lors, emportant par contamination l'anéantissement du transfert²³⁸². Son efficacité sera toutefois réduite si le demandeur de l'agrément est de bonne foi²³⁸³.

Enfin, plus généralement, tous les protagonistes de la procédure d'agrément sont susceptibles de voir engagée leur responsabilité civile du fait de leurs agissements, ou de leurs abstentions fautives, si les conditions requises à cette fin sont réunies²³⁸⁴. Il convient de remarquer que parmi ces personnes figurent les associés. Une telle faculté étonne et suscite le doute sur la justesse du fondement de cette action. En vertu d'un raisonnement analogue à celui admettant qu'un tiers puisse engager la responsabilité d'un cocontractant pour la faute commise à l'occasion de l'exécution de ses obligations, la jurisprudence a admis la responsabilité des associés à l'égard des tiers, à l'occasion de l'exercice de leurs prérogatives sociétaires. En dépit d'une apparente atteinte à la personnalité morale, cette solution est en réalité justifiée car elle est fondée sur l'existence d'un contrat entre eux²³⁸⁵. Or cette présence a été confirmée par l'étude du régime de l'agrément, lequel peut y trouver une voie d'unification puisque la présence de l'*intuitu personae*, notion par essence contractuelle, se retrouve dans toutes les structures sociétaires. Dès lors, les sanctions frappant la violation de la procédure d'agrément doivent elles-aussi être revisitées à l'aune de ce prisme.

²³⁸¹ V. *supra* n° 604.

²³⁸² V. *supra* n° 609 et s.

²³⁸³ V. *supra* n° 619.

²³⁸⁴ V. *supra* n° 620.

²³⁸⁵ V. *supra* n° 625.

Chapitre II.

Des sanctions mieux déterminées.

630. Plan. L’ambivalence des intérêts protégés par la procédure d’agrément rejaillit sur la nature de ses sanctions. Sa violation est ainsi sanctionnée différemment à l’égard de la société et de l’associé cédant. Cependant, si certaines sanctions ont un fondement et un régime déterminés en vertu du droit commun dont elles relèvent²³⁸⁶, celles s’y attachant spécialement sont plus confuses. La détermination de ces dernières procède actuellement d’une démarche identique à celle reprochée pour le domaine de l’agrément et sa mise en œuvre : chaque type de société dispose de sa propre procédure, et donc, de ses propres sanctions. L’analyse de chacune d’elles a toutefois mis en évidence la possibilité de les unifier et, ainsi, de mieux les déterminer. De la sorte, une sanction unique frappera le transfert réalisé sans notification (Section I), tandis qu’une dualité de sanctions menacera la violation de la procédure d’agrément par la société (Section II)²³⁸⁷.

Section I. Une sanction unique du transfert de droits sociaux réalisé sans notification.

631. Plan. Le principe de l’inopposabilité du transfert de droits sociaux réalisé sans notification est une sanction novatrice (§ I), qui nécessite néanmoins d’être accompagnée d’une exception : celle de la fraude (§ II).

§ I. Substituer le principe de l’inopposabilité à la nullité.

L’inopposabilité n’est pas la sanction appliquée majoritairement par le droit positif. Pourtant, pour sanctionner le défaut de notification préalable à la conclusion de l’opération projetée, son régime serait davantage adapté que ne l’est celui de la nullité.

632. Une sanction opposée à celle du droit positif. Seuls les textes relatifs aux sociétés par actions sanctionnent par la nullité, le transfert réalisé sans avoir notifié une demande d’agrément à la société. La sévérité de cette sanction s’explique par la volonté du législateur de

²³⁸⁶ V. *supra* n° 582, n° 620 (responsabilité civile); n° 587 (fraude).

²³⁸⁷ En revanche, la question des responsabilités ne faisant pas l’objet de proposition, elle sera délaissée à ce stade (v. *supra* n° 582, n° 620).

dissuader la réalisation de ce transfert. Les textes contemporains de la SAS et de la société européenne ont repris à leur compte cette solution²³⁸⁸. Toutefois, elle n'a pas été transposée à l'égard des sociétés de personnes et de la SARL. En présence de parts sociales, la jurisprudence a ainsi dû prendre parti pour l'une ou l'autre de ces sanctions. De son étude, il résulte que la nullité est majoritairement prononcée. L'inopposabilité apparaît résiduelle lorsque la première ne peut être appliquée, par exemple, en présence d'un cédant de mauvaise foi ou d'une opération de structuration²³⁸⁹. Pourtant, le droit gagnerait non seulement en légitimité, mais aussi en simplicité, à adopter cette dernière solution.

633. Les critiques de la nullité comme sanction du défaut de notification. Ces critiques portent davantage sur son régime que sur son fondement, car ce dernier peut se justifier. Outre le fait d'être posée dans certains textes, cette sanction appartient à la catégorie des nullités virtuelles. En vertu de l'impérativité attachée à la procédure d'agrément, la notification peut être considérée comme une condition de la formation du contrat, sanctionnée à ce titre par la nullité. Les conventions soumises à l'agrément sont dès lors qualifiables de contrats solennels. De la sorte, cette qualification marque l'importance attachée à la préservation de l'*intuitu personae* de la société et dont la rigueur se veut dissuasive²³⁹⁰.

Légitime quant à son fondement, le régime de cette sanction de droit commun suscite toutefois le doute sur la justesse de son application, et cela pour trois raisons.

- En premier lieu, elle aboutit à prohiber les conventions de croupier. Or, si le principe de leur licéité ne figure plus dans le Code civil au titre du droit commun des sociétés, celles-ci ne sont pas pour autant prohibées par le droit commun des contrats qui valide les conventions occultes²³⁹¹. Le principe de leur validité est, en outre, confirmé par la jurisprudence²³⁹². Dès lors, la sanction de l'inopposabilité semble davantage conforme à la lettre de l'article 1201 du Code civil, *in fine*, lequel pose le principe selon lequel : « [L'acte occulte] n'est pas opposable aux tiers, qui peuvent néanmoins s'en prévaloir ». De la sorte, il est possible d'imaginer que la société invoque cette convention à des fins d'exclusion de son associé sous réserve, toutefois, que son principe ait été préalablement admis par l'associé prêtant sa croupe. Plus radicalement, il est même possible d'envisager que soit engagée, à son appui, une action tendant à dissoudre la société pour justes motifs²³⁹³.

²³⁸⁸ V. *supra* n° 565.

²³⁸⁹ V. *supra* n° 566.

²³⁹⁰ V. *supra* n° 570.

²³⁹¹ V. *supra* n° 585.

²³⁹² *Idem*.

²³⁹³ C. civ., art. 1844-7, 5°.

- En second lieu, la nullité implique qu'une confirmation ou qu'une régularisation de l'acte vicié soit possible. Contrairement à la jurisprudence, la loi admet cette possibilité dans une disposition isolée relative à la société européenne²³⁹⁴. Mais sa généralisation à tous les types sociétaires ne semble pas devoir être encouragée. Admettre qu'un acte de volonté de la société puisse valider l'acte vicié contrarierait l'exigence d'un strict respect de la procédure d'agrément : l'autoriser pour la notification ouvrirait une possibilité similaire à toutes les étapes de la procédure. Or chacune a sa propre finalité, laquelle deviendrait illusoire, le cas échéant. C'est pourquoi, la jurisprudence refusant la régularisation de la notification doit être approuvée. De surcroît, son maintien s'accorde davantage avec le régime de l'inopposabilité, lequel oblige la réitération de la notification.

- En troisième et dernier lieu, l'effet rétroactif de la nullité est incompatible avec la réalisation d'une transmission universelle de patrimoine car la personne physique ou morale dont le patrimoine est transmis n'existe plus juridiquement, soit par l'effet de son décès, soit par l'effet de sa dissolution. Ces événements suspendent, en outre, l'attribution de la qualité d'associé en raison de la disparition de son titulaire. La nullité est dès lors non seulement incompatible, mais aussi, inadaptée, à cette suspension. Toutefois, la situation des ayants droit du défunt doit être distinguée de celle obtenue à la suite de la réalisation d'une opération de restructuration.

Dans le premier cas, le transfert des droits sociaux est suspendu jusqu'à la notification. Tant que les héritiers n'ont pas demandé individuellement leur agrément ou, le cas échéant, seulement leur indemnisation de la valeur des droits sociaux, la société est en droit de les ignorer ; la nullité est donc impropre à s'appliquer au défaut de notification dans cette hypothèse.

Dans le second cas, l'opération envisagée par l'associé ne résulte pas d'un fait juridique, mais d'un acte juridique. La personne morale associée commet une faute en ne demandant pas l'agrément préalablement à sa réalisation²³⁹⁵. Mais si celle-ci est dissoute, l'irrespect du formalisme procédural ne pourra être reproché qu'à son ayant droit. Or celui-ci se trouve dans la même situation que les héritiers du défunt : la société est en droit de l'ignorer en l'absence de notification. Toutefois, à la différence de ces derniers, la notification réalisée afin de régulariser sa situation serait entachée d'illégitimité du fait de la négligence passée. La solution appliquée par les juges du fond est donc tout à fait justifiée : celle-ci consistant, dans un premier temps, à neutraliser la demande d'agrément formulée ultérieurement à l'opération, par son inopposabilité

²³⁹⁴ C. civ., art. L. 229-11, al. 2.

²³⁹⁵ V. *supra* n° 577.

puis, dans un second temps, à traiter cet ayant droit comme un héritier refusé, en ne lui ouvrant, de la sorte, qu'un droit à indemnisation²³⁹⁶.

Par conséquent, le régime de l'inopposabilité est donc plus adapté que celui de la nullité, car il est susceptible de s'appliquer à davantage de situations.

634. *De lege feranda.* La proposition de substituer l'inopposabilité à la nullité serait retenue, son régime étant non seulement plus souple en sanctionnant uniquement « [...] ce qu'exige la sauvegarde du but poursuivi par la règle transgressée »²³⁹⁷, mais aussi parce qu'elle est tout aussi fondée juridiquement que la nullité. En effet, elle vise à sanctionner la violation d'une règle protégeant des tiers. Or la notification protège précisément la société en l'informant du projet de transfert des droits sociaux²³⁹⁸. La sanction apparaît dès lors proportionnée à sa cause et l'application de son régime légitime car, contrairement à celui de la nullité, il ne nécessite pas d'établir une distributivité entre cette sanction et une autre en fonction des hypothèses soumises²³⁹⁹.

Cette constatation souligne une difficulté plus générale : celle d'une utilisation détournée de certains concepts juridiques à des fins de politique législative. Si l'utilisation de la nullité semblait justifiée pour affirmer l'impérativité de la procédure d'agrément vis-à-vis des tiers, en revanche, son application a démontré l'inadaptation de son régime. En outre, l'inopposabilité n'est pas pour autant une sanction faible : elle neutralise les effets d'une opération de restructuration réalisée sans notification, dont aucune régularisation n'est possible. L'ayant droit qu'il fut de la sorte tenté d'imposer se retrouve à la porte de la société, avec pour seule créance le remboursement des apports de son auteur²⁴⁰⁰.

Face à cette situation, rien n'empêche par ailleurs les statuts de l'anticiper en prévoyant, par exemple, l'exclusion d'un associé dont le contrôle serait cédé, ou qui aurait la qualité de société absorbante lors d'une fusion²⁴⁰¹. Une seule exception s'opposerait toutefois à la généralité de l'inopposabilité du transfert comme sanction du défaut de notification : celle de la fraude.

²³⁹⁶ *Idem.*

²³⁹⁷ TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. Précis, 11^{ème} éd., 2013, p. 109, n° 82.

²³⁹⁸ V. *supra* n° 302.

²³⁹⁹ La proposition pourrait être formulée de la façon suivante : « L'opération juridique réalisée sans notification préalable à la société lui est inopposable. »

²⁴⁰⁰ Pour l'assimilation du bénéficiaire d'une opération de restructuration à un héritier, v. *supra* n° 577 et s.

²⁴⁰¹ V. *supra* n° 199 et s.

§ II. L'exception de la fraude.

635. La consécration de la solution jurisprudentielle. La fraude emporte la nullité d'un acte dès lors qu'elle en fut le motif déterminant²⁴⁰². En pratique, la difficulté consiste à rapporter la preuve de l'intention de son auteur de contourner l'esprit d'une règle de droit, alors même qu'il en respecte la lettre²⁴⁰³. Cette preuve est essentielle car la simulation n'est pas présumée frauduleuse en droit français²⁴⁰⁴. En l'absence de texte propre au droit des sociétés, la Cour de cassation a ainsi dû rappeler le principe de la validité des conventions de croupier en énonçant que : « [...] l'acquisition de parts sociales par prête-nom ne constitu[e] pas en elle-même une cause de nullité de la cession »²⁴⁰⁵.

De lege feranda, une disposition pourrait rappeler ce principe et sa limite, la fraude, sans pour autant prendre parti sur la définition de cette dernière, dont la précision risquerait d'entraver la liberté d'appréciation des magistrats²⁴⁰⁶. Ce texte réaliserait une réhabilitation de la validité de la convention de croupier inscrite à l'ancien article 1861 du Code civil, laquelle fut abrogée par la réforme de 1978²⁴⁰⁷. Cette consécration aurait également pour avantage de renforcer l'affirmation de l'inopposabilité comme sanction du défaut de demande d'agrément, et dont le régime est celui du droit commun. Cette nature de droit commun trancherait ainsi avec celle des sanctions menaçant la société, lesquelles dépendent uniquement du droit des sociétés.

²⁴⁰² C. civ., art. 1162 : « Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties ».

Adde ANDREU (L.), THOMASSIN (N.), *Cours de droit des obligations*, Gualino, 2^{ème} éd., 2017, p. 190, n° 474 ; MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.), *Droit des obligations*, Defrénois, coll. Droit civil, 8^{ème} éd., 2016, p. 358, n° 648.

²⁴⁰³ V. *supra* n° 586.

²⁴⁰⁴ C. civ., art. 1201.

Adde TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. Précis, 11^{ème} éd., 2013, p. 594, n° 545 ; ANDREU (L.), THOMASSIN (N.), *Cours de droit des obligations*, Gualino, 2^{ème} éd., 2017, p. 288, n° 763 ; LARROUMET (Ch.), BROS (S.), *Droit civil, Les obligations, Le contrat*, t. 3, Economica, 8^{ème} éd., 2016, p. 894, n° 763.

²⁴⁰⁵ Cass. com., 26 mars 1996, Inguibert-Vignal c/ Albertini, *Rev. sociétés* 1996, p. 799, note (Y.) CHARTIER ; *JCP E* 1996, 884, obs. (E.) JEULAND.

²⁴⁰⁶ Par un emprunt à la formule jurisprudentielle utilisée par la Cour de cassation (Cass. com., 26 mars 1996, *prév.*), il pourrait être ajouté à la proposition le texte suivant : « L'acquisition de droits sociaux par prête-nom ne constitue pas une cause de nullité de la convention, à moins qu'il ne soit démontré l'intention des parties de contourner la procédure d'agrément. »

²⁴⁰⁷ C. civ., anc. art. 1861 : « Chaque associé peut, sans le consentement de ses associés, s'associer une tierce personne relativement à la part qu'il a dans la société. Il ne peut pas, sans ce consentement, l'associer à la société, lors même qu'il en aurait l'administration ». Pour le commentaire de cet article, v. TROPLONG (M.), *Du contrat de société civile et commerciale*, t. 1, éd. Charles Hingray, 1843, p. 233.

Section II. Une sanction duale de la violation de la procédure d'agrément par la société.

636. Plan. L'impérativité de la procédure d'agrément s'impose également à l'égard de la société, non pas tant pour la protéger que pour garantir les intérêts de son associé sortant. Ce formalisme strict s'exprime de deux façons : par une limitation de sa liberté d'aménager statutairement la procédure, et par des sanctions rigoureuses en cas d'irrespect. Cette dualité dédouble ainsi la nature des sanctions encourues : l'une interne (§ I) et les autres externes (§ II), car caractérisées par leurs effets vis-à-vis des tiers.

§ I. La sanction interne de la clause réputée non écrite.

637. Plan. La clause réputée non écrite sanctionne deux types de vice des statuts par rapport à la loi : celui d'une contradiction ou celui d'une lacune. *De lege feranda*, la sanction du premier serait généralisée (I), tandis que celle du second serait supprimée (II).

I. Généraliser la sanction d'une contradiction des statuts par rapport à la loi.

638. La clause réputée non-écrite. Cette sanction marque l'impérativité de la procédure d'agrément à l'égard de la société. *A contrario*, son absence signifierait qu'elle est libre d'aménager ses règles. Le droit positif est plus complexe, car seules quelques dispositions de la SNC et de la SARL sont assorties de cette sanction. La jurisprudence a ainsi dû combler ces lacunes en affirmant l'impérativité de l'ensemble de la procédure d'agrément et faire jouer en complément l'article 1844-10, alinéa 2 du Code civil, lequel répute non-écrite toute clause statutaire contraire au droit commun des sociétés.

Ce principe est toutefois nuancé par le fait que la société dispose d'une certaine liberté s'agissant de l'organisation des moyens pour en mettre en œuvre la procédure d'agrément, dès lors que ces aménagements ne heurtent pas la finalité protectrice de chaque règle. Ainsi dispose-t-elle, par exemple, d'une liberté relative pour aménager le pouvoir d'agréer, mais elle ne peut, en revanche, subordonner sa décision à une condition dont l'objet excéderait le but de l'agrément²⁴⁰⁸, car elle porterait, de la sorte, atteinte au droit de l'associé de disposer de ses droits sociaux²⁴⁰⁹. Elle

²⁴⁰⁸ V. à propos du but de l'agrément en droit des sociétés, *supra* n° 11, et de la sanction de l'agrément conditionnel, *supra* n° 403.

²⁴⁰⁹ V. *supra* n° 401 (agrément conditionnel).

ne peut pas, par ailleurs, aménager le délai requis pour statuer en dehors des limites posées par la loi. Elle risque, le cas échéant, d'enfreindre non seulement ses propres intérêts, en enfermant dans un délai trop court sa réflexion sur l'*intuitu personae*, mais aussi, ceux du cédant, en réduisant l'efficacité de l'agrément tacite si le délai est, au contraire, trop long²⁴¹⁰.

Par conséquent, la sanction de la clause réputée non écrite serait inscrite à la fin du dispositif proposé pour marquer sa généralité²⁴¹¹ ; tandis que la mention ponctuelle des exceptions accordant la liberté aux statuts d'aménager la procédure d'agrément la précéderait²⁴¹². Ainsi ne serait-il plus permis de douter de son impérativité à l'égard de l'ensemble des sociétés, mais aussi des espaces de liberté laissés à leur appréciation ; qu'il s'agisse des règles générales²⁴¹³ ou de celles consécutives à un refus d'agrément²⁴¹⁴. Le risque de contradiction des statuts par rapport à la loi serait le seul type de vices sanctionné de la sorte, car celui de leur lacune n'existerait plus.

II. Supprimer la sanction d'une lacune des statuts par rapport à la loi.

639. Une exigence devenue inutile *de lege feranda*. L'article R. 210-4, alinéa 2, 2° du Code de commerce, exige à l'égard des sociétés par actions, la mention statutaire de l'organe social compétent pour statuer sur une demande d'agrément.

Cette exigence serait supprimée car il a été précédemment proposé de poser le principe de la compétence de l'assemblée générale extraordinaire, sous réserve de sa délégation de pouvoir à un organe disposant d'un pouvoir décisionnel²⁴¹⁵. Dès lors, le risque d'une lacune des statuts par rapport à la loi n'existerait plus. Cette suppression limiterait ainsi non seulement l'insécurité juridique liée à l'oubli de cette mention particulière, mais elle simplifierait également le régime des sanctions internes en les réduisant à leur strict minimum. Ces sanctions ne sont toutefois pas les seules à menacer la société, certaines ont une nature particulière du fait de leur opposabilité par les tiers.

²⁴¹⁰ V. *supra* n° 492-2.

²⁴¹¹ Le texte de la proposition pourrait reprendre la formule classique selon laquelle : « Toute clause contraire est réputée non écrite. »

²⁴¹² V. *supra* n° 377 (droit de vote) ; n° 354 et s. (titulaire du pouvoir d'agréer).

²⁴¹³ V. *supra* n° 411.

²⁴¹⁴ V. *supra* n° 518.

²⁴¹⁵ V. *supra* n° 436.

§ II. Les sanctions externes opposables aux tiers.

640. Plan. Ces sanctions opposables par ou à l'égard des tiers peuvent prendre deux formes : d'une part, celle d'un agrément tacite (I) et, d'autre part, celle de la nullité de la délibération sociale accordant l'agrément (II). Tandis que la première a une incidence positive sur le transfert des droits sociaux projeté, la seconde l'anéantit.

I. L'agrément tacite.

641. Plan. La sanction de l'agrément tacite est une sanction efficace, mais dont le champ d'application (A), et l'influence exercée sur le régime de l'obligation de rachat, nécessitent d'être précisés en droit prospectif (B).

A. Préciser le champ d'application de l'agrément tacite.

642. Une application généralisée de lege feranda, sauf à l'égard des ayants droit refusés, des associés en nom collectif et des commandités. Institué par la loi de 1966 afin de protéger le droit du cédant de sortir de la société, l'agrément tacite est un agrément réputé acquis au cessionnaire initialement refusé. De la sorte, celui-ci constitue une sanction efficace pour contraindre la société à exécuter son obligation de rachat, avant l'expiration du délai imparti. Mais, s'il a été proposé de généraliser cette obligation²⁴¹⁶, la sanction de son inexécution s'avère toutefois inadaptée dans deux situations.

- La première est celle des successeurs refusés. Pour ces derniers, cette sanction n'a pas de raison d'être car ils ne sont pas contraints de rester dans la société. En l'absence de remboursement de la valeur des droits sociaux hérités pendant le délai, ils devront faire valoir l'exécution de leur créance en justice.

- La seconde situation inadaptée est celle des associés en nom collectif et des commandités, lesquels supportent un engagement solidaire²⁴¹⁷. Or cette sanction risque de faire entrer dans la société un tiers dont l'agrément a été refusé en raison de son incapacité à supporter la rigueur de cet engagement²⁴¹⁸. Par conséquent, à défaut d'agrément tacite, si les parts sociales du cédant

²⁴¹⁶ V. *supra* n° 520.

²⁴¹⁷ À ce propos, v. *supra* n° 523.

²⁴¹⁸ La composition du patrimoine d'une personne intègre les critères de *l'intuitu personae* car le patrimoine se rattache à la personnalité juridique (v. *supra* n° 19-2).

n'ont pas été acquises pendant le délai imparti, celui-ci pourrait se prévaloir en justice de son droit de retrait, lequel implique le remboursement de la valeur de ses parts²⁴¹⁹. Mais, *de lege feranda*, les associés bénéficiant de l'éventuelle sanction de l'agrément tacite seront tout aussi susceptibles de se prévaloir d'un tel droit en cas de désistement du cessionnaire.

B. Consacrer le régime jurisprudentiel de l'obligation de rachat.

643. Un régime sophistiqué, dominé par une condition résolutoire. L'agrément tacite a une incidence sur le régime de l'obligation de rachat de la société. La question suscitée est plus précisément celle de savoir quelle est l'incidence produite par l'expiration du délai procédural consécutif au refus ? Lorsque le cessionnaire a malgré tout maintenu son engagement, son bénéfice de l'agrément tacite a pour effet d'éteindre l'obligation de rachat. Celle-ci devient dès lors caduque puisque le cédant peut disposer de ses droits sociaux. Mais la réponse est plus hésitante lorsque le cessionnaire s'est désisté. La position de la jurisprudence a évolué à cet égard pour finalement décider que l'exécution de l'obligation de rachat devait être réalisée pendant le délai ; le seul commencement d'exécution étant insuffisant pour libérer la société de la menace de l'agrément tacite²⁴²⁰. Deux conséquences se déduisent de ces propos. D'une part, le dispositif du rachat ne met pas à la charge de la société une simple obligation de faire une proposition de rachat. D'autre part, cette obligation est éteinte uniquement par l'effet du bénéfice de l'agrément tacite. Cela signifie que le maintien de l'engagement du cessionnaire a l'effet d'une condition résolutoire sur l'obligation légale de la société. Cette précision est tout à fait bienvenue car elle renforce l'efficacité du dispositif du rachat. La société est ainsi dissuadée de jouer l'attentisme en misant sur le désistement du cessionnaire.

De lege feranda, il serait consacré cette précision jurisprudentielle selon laquelle, l'obligation de rachat de la société n'est éteinte que sous réserve de la réalisation d'une condition résolutoire, dont l'objet réside dans le maintien de l'engagement du cessionnaire refusé²⁴²¹. Ce dernier bénéficierait, de la sorte, de suites positives consécutivement à la sanction subie par la société. Mais parfois, il en subirait aussi les conséquences : tel est le cas lorsque la délibération sociale

²⁴¹⁹ *Comp. C. civ.*, art. 1869.

La proposition pourrait être rédigée de la façon suivante :

« La décision sociale est notifiée par un acte extrajudiciaire ou par une lettre recommandée avec une demande d'accusé de réception, avant l'expiration d'un délai de trois mois à compter de la réception de la demande d'agrément. **À défaut, l'agrément est réputé acquis à son demandeur, sauf en présence d'une SNC ou d'une société en commandite pour les parts des commandités. L'associé cédant de ces sociétés peut néanmoins faire valoir en justice son droit de retrait.** »

²⁴²⁰ *V. supra* n° 499.

²⁴²¹ La proposition pourrait être rédigée de la façon suivante : « L'obligation de rachat de la société n'est éteinte qu'à la condition du maintien de l'engagement du cessionnaire après l'expiration du délai. »

accordant l'agrément est nulle.

II. La nullité de la délibération sociale accordant l'agrément.

644. Plan. En droit prospectif, le principe de cette nullité serait consacré (A) et son régime clarifié (B).

A. Consacrer le principe de la nullité.

645. La sanction d'une irrégularité contraire à une disposition impérative ou à un aménagement conventionnel de celle-ci. La sanction de la nullité n'est pas expressément visée par une disposition organisant la procédure d'agrément. Son impérativité se déduit néanmoins de la *ratio legis* de ses règles, lesquelles relèvent de l'ordre public de protection, mais également, de la mention de la sanction des clauses réputées non écrites dans le corpus de certaines sociétés²⁴²². La jurisprudence défend vigoureusement le strict respect de ce dispositif, de la notification à l'exécution de l'obligation de rachat par la société²⁴²³. Dès lors, la sanction d'une irrégularité de la décision sociale par la nullité s'impose avec la force de l'évidence.

En ce sens, la jurisprudence a énoncé deux règles essentielles. La première dicte le principe selon lequel : « [...] l'action en annulation d'une cession de droits sociaux n'est soumise à la prescription triennale que dans l'hypothèse où elle est fondée sur une irrégularité affectant la décision sociale ayant accordé au cessionnaire l'agrément exigé par la loi ou les statuts »²⁴²⁴. Ainsi fut posé le principe de la nullité et précisé la nature de son régime, lequel relève du droit des sociétés.

La seconde règle complète la première en indiquant son champ d'application : sont nulles les délibérations sociales prises contrairement à une disposition impérative du droit des sociétés ou des contrats, et pour lesquelles : « [...] il a été fait usage de la faculté, ouverte par une disposition impérative, d'aménager conventionnellement la règle posée par celle-ci »²⁴²⁵. Cette précision est bienvenue car elle permet de sanctionner, par exemple, l'agrément donné sans respecter la délégation de pouvoir dictée par les statuts.

De lege feranda, la consécration de ces règles créerait un fondement textuel général pour exercer l'action en nullité de la délibération sociale accordant l'agrément. Celle-ci emporterait

²⁴²² V. *supra* n° 593.

²⁴²³ V. notamment *supra* n° 305.

²⁴²⁴ V. *supra* n° 609.

²⁴²⁵ V. *supra* n° 611.

corrélativement, la nullité de la convention agréée, dont l'existence dépendait de l'obtention de l'agrément²⁴²⁶. Afin de ne pas susciter d'ambiguïtés avec l'action en nullité fondée sur le droit commun, un renvoi exprès au régime du droit des sociétés serait en plus nécessaire.

B. Clarifier son régime.

646. Une nullité du droit des sociétés *de lege feranda*. L'unique référence légale à la nullité risque de prêter à confusion quant à la nature de son régime. En effet, en droit positif, celle-ci est applicable pour sanctionner le transfert de droits sociaux réalisé sans demande d'agrément, mais elle l'est sur le fondement du droit commun des contrats²⁴²⁷. La consécration de l'inopposabilité à son égard permettrait, en outre, de simplifier l'ensemble des sanctions de la procédure d'agrément.

Ainsi, la nullité ne sanctionnerait plus qu'une irrégularité interne, sur le fondement du droit des sociétés²⁴²⁸. Le régime de cette action ne ferait pas l'objet de changement : les précisions apportées par la jurisprudence seraient maintenues. De la sorte, son exercice appartiendrait toujours à la société et aux associés, à l'exclusion de l'associé cédant et du cessionnaire²⁴²⁹, pendant trois ans « à compter du jour où la nullité est encourue »²⁴³⁰. À défaut de pouvoir exercer cette action, ces derniers pourraient engager la responsabilité des acteurs sociaux, titulaires du pouvoir d'agréer, sur le fondement général de l'article 1240 du Code civil.

²⁴²⁶ Le texte de la proposition pourrait être rédigé de la façon suivante : « La délibération sociale prise en violation des dispositions impératives susvisées, ainsi que des aménagements conventionnels réalisés sur leur fondement, est nulle. La nullité de la délibération accordant l'agrément emporte celle de la convention formée consécutivement. »

²⁴²⁷ V. *supra* n° 564 (*comp.* le principe de l'inopposabilité proposé en droit prospectif, *supra* n° 632).

²⁴²⁸ Le texte pourrait être complété de la façon suivante : « Cette action en nullité s'exerce sur le fondement des articles 1844-10 et suivants du Code civil. »

²⁴²⁹ Pour le régime de cette nullité, v. *supra* n° 616.

²⁴³⁰ C. com., art. L. 235-9.

Conclusion Chapitre II.

Des sanctions mieux déterminées.

647. Une recherche de la finalité de la sanction et de l'adaptation de son régime à la procédure d'agrément. La diversité des sanctions de la violation de la procédure d'agrément est le corollaire de la diversité des intérêts qu'elle protège. En vertu de l'ordre public de protection lui étant inhérent, chacune de ses parties est tenue d'obligations, dont l'inexécution nécessite d'être assortie d'une sanction dissuasive.

La nullité a la préférence du législateur et de la jurisprudence pour sanctionner le défaut de notification d'une demande d'agrément. Ce choix se justifie juridiquement : il est l'expression du caractère impératif de la procédure d'agrément. Mais l'efficacité d'une sanction ne dépend pas seulement de sa force de dissuasion, elle dépend aussi de l'adaptation de son régime aux violations sanctionnées. Or celui-ci se révèle incompatible avec le principe de la licéité des conventions de croupier²⁴³¹, avec l'impossibilité de régulariser la procédure d'agrément²⁴³² mais aussi, avec la transmission de droits sociaux réalisée avant la notification²⁴³³. À cet égard, la nullité n'est pas plus efficace que l'inopposabilité pour sanctionner une opération de restructuration, puisque celle-ci a un effet similaire à celui produit par une succession ; cet effet étant de suspendre la qualité d'associé à l'agrément de la société. Dès lors, l'inopposabilité s'avère être une sanction dont le régime est plus souple, sans pour autant être dénuée de fondement juridique ; sa finalité étant de protéger la société, tiers par rapport à la cession.

Cette dernière n'est pas non plus exempte de sanctions si elle ne respecte pas à son tour la procédure d'agrément. Certaines sont internes, tandis que d'autres sont susceptibles d'avoir un effet à l'égard des tiers, spécialement le cessionnaire²⁴³⁴.

Ainsi les clauses contraires aux dispositions impératives sont-elles réputées non écrites à l'égard de quelques sociétés par les textes, et à l'égard de toutes, par la jurisprudence. *De lege feranda*, cette sanction serait généralisée afin de donner une assise textuelle à l'impérativité de la procédure d'agrément. Toutefois, comme en droit positif, des aménagements seraient

²⁴³¹ V. *supra* n° 585.

²⁴³² V. *supra* n° 576.

²⁴³³ V. *supra* n° 577.

²⁴³⁴ Celui-ci peut toutefois ne pas être un tiers lorsqu'il est déjà associé.

punctuellement permis dès lors qu'ils ne touchent qu'aux moyens mis en œuvre pour respecter la règle protectrice²⁴³⁵. En revanche, en présence d'une société par actions, la sanction spécifique du défaut de mention de l'organe social compétent serait supprimée faute d'être encore utile, l'assemblée générale extraordinaire étant désignée par défaut en droit prospectif²⁴³⁶. Les sanctions internes apparaîtraient de la sorte simplifiées. Il en serait de même des sanctions dites externes, qu'elles aient une incidence positive ou négative sur le projet de cession.

- En premier lieu, la sanction dite externe ayant un effet positif est celle de l'agrément tacite. À l'instar du dispositif légal consécutif au refus d'agrément, celle-ci serait étendue à l'ensemble des sociétés, à l'exception toutefois de la SNC et des sociétés en commandite, pour les parts des commandités. En effet, cette sanction se révèle incompatible avec la rigueur de leur engagement solidaire : le cessionnaire proposé a pu être refusé en raison d'un manque de solvabilité. Dès lors, si à l'expiration du délai la société n'a pas exécuté son obligation de rachat, le cédant pourrait se prévaloir en justice de son droit de retrait et demander le remboursement de la valeur de ses parts²⁴³⁷. Cette revendication lui permettrait ainsi de résilier unilatéralement sa position contractuelle comme l'y autorise le nouveau droit des contrats²⁴³⁸.

- En second et dernier lieu, la sanction externe ayant un effet négatif à l'égard des tiers est celle de la nullité de la délibération accordant l'agrément. Cette nullité n'est pas expressément visée par un texte mais la jurisprudence l'a déduite, plus généralement, de l'impérativité de la procédure d'agrément. En outre, son régime fut précisé comme étant celui d'une nullité du droit des sociétés. *De lege feranda*, l'ensemble de ces précisions serait repris afin que les sanctions de la procédure d'agrément soient désormais mieux déterminées.

²⁴³⁵ V. *supra* n° 354 et s. (titulaire du pouvoir d'agrément), n° 377 et s. (vote de l'agrément).

²⁴³⁶ V. *supra* n° 431.

²⁴³⁷ V. *supra* n° 643.

²⁴³⁸ C. civ., art. 1210 : « Les engagements perpétuels sont prohibés.

Chaque contractant peut y mettre fin dans les conditions prévues pour le contrat à durée indéterminée. »

Conclusion Titre II.

Les sanctions de la procédure d'agrément.

648. Des sanctions duales caractérisées par l'ordre public attaché à la procédure d'agrément. Tant les parties à l'opération juridique projetée, que la société et ses acteurs, sont susceptibles d'être sanctionnés s'ils ne respectent pas l'impérativité de la procédure d'agrément. Les sanctions s'y attachant devraient dès lors être rigoureuses. Cependant, leur efficacité est atténuée par leur absence de mention dans le corpus de certaines sociétés. Tel est le cas de la nullité du transfert des droits sociaux réalisé sans demander d'agrément²⁴³⁹, ou notamment, de la clause statutaire réputée non-écrite en raison de sa contrariété avec le régime de l'agrément²⁴⁴⁰.

Déjà regretté à l'égard du domaine et de la procédure d'agrément, ce pointillisme législatif est tout aussi problématique s'agissant de la détermination de leurs sanctions. Convient-il d'étendre aux sociétés dont les textes sont muets, les précisions faites pour d'autres ? Cette question est récurrente s'agissant du transfert de droits sociaux réalisé sans demander l'agrément, et pour lequel, la nullité fut parfois choisie par le législateur en raison de son supposé caractère dissuasif²⁴⁴¹. Or, si cette motivation légitime l'application de la nullité au titre de l'impérativité des règles procédurales, son régime présente des inadaptations en pratique, au point de constater qu'une nécessaire subsidiarité entre cette sanction et l'inopposabilité fut instaurée par la jurisprudence, au gré des espèces soumises à son jugement. L'existence de ce régime à deux vitesses ne saurait être acceptable²⁴⁴². Il est le résultat d'un second défaut de la législation de l'agrément, également mis en évidence précédemment : le législateur outrepassa sa mission lorsqu'en vue de protéger un intérêt particulier, il porte atteinte aux concepts juridiques, par méconnaissance ou détournement. C'est pourquoi, *de lege feranda*, de privilégier l'application uniforme de l'inopposabilité, dont la souplesse emporte un plus large champ d'application²⁴⁴³. De plus, en raison de l'unification suggérée du régime de l'agrément grâce à la promotion d'une conception contractuelle de la société, cette sanction pourrait être généralisée à leur ensemble, sans égard aux structures sociétaires. Il en serait de même des sanctions visant la

²⁴³⁹ V. *supra* n° 565.

²⁴⁴⁰ V. *supra* n° 594.

²⁴⁴¹ V. *supra* n° 570.

²⁴⁴² V. *supra* n° 633.

²⁴⁴³ V. *supra* n° 632.

violation de la procédure d'agrément par la société ; qu'elles aient une incidence positive²⁴⁴⁴ ou négative²⁴⁴⁵ vis-à-vis du transfert initialement projeté. Ces dernières ne connaîtraient pas de changement radical en droit prospectif.

- S'agissant de l'agrément tacite, son champ d'application serait seulement précisé comme excluant les ayants droit refusés, les associés en nom collectif et les commandités²⁴⁴⁶, tandis que le régime jurisprudentiel de l'obligation de rachat serait consacré²⁴⁴⁷. Celui-ci assimile implicitement le désistement du cessionnaire à une condition résolutoire de cette obligation, garantissant ainsi l'efficacité de l'agrément tacite.

- S'agissant de la sanction ayant un effet négatif sur le transfert des droits sociaux, le principe de sa nullité fut posé par la jurisprudence, en l'absence de précision textuelle. Cette nullité ne se confond toutefois pas avec celle frappant le défaut de notification en droit positif. Cette dernière relève du droit commun des contrats, tandis que la seconde sanctionne la contrariété de la délibération sociale à l'impérativité de la procédure d'agrément. Il s'agit dès lors d'une nullité du droit des sociétés, avec le régime restrictif qui s'ensuit²⁴⁴⁸. Faute de réunir ses conditions, une action en responsabilité pourrait toujours être exercée sur le fondement de l'article 1240 du Code civil si la société, ses dirigeants, ou même ses associés, causaient un préjudice par leur décision. La possibilité d'engager la responsabilité de ces derniers est récente et surtout, notable, car elle confirme l'existence d'un contrat entre les associés, après l'immatriculation de la société ; la mauvaise exécution de ce dernier étant susceptible d'entraîner un dommage aux tiers, à l'instar de n'importe quel autre contrat²⁴⁴⁹.

²⁴⁴⁴ V. *supra* n° 641.

²⁴⁴⁵ V. *supra* n° 644.

²⁴⁴⁶ V. *supra* n° 642.

²⁴⁴⁷ V. *supra* n° 643.

²⁴⁴⁸ V. *supra* n° 616.

²⁴⁴⁹ V. *supra* n° 620 et s.

Conclusion Partie II. D'une mise en œuvre complexe à une mise en œuvre simplifiée.

649. Deux facteurs de complexité en droit positif. Le premier facteur de complexité de la législation de l'agrément réside dans l'influence de son domaine²⁴⁵⁰ sur ses règles de mise en œuvre²⁴⁵¹. Le second facteur provient, lui, de l'absence de ligne directrice structurant les dispositions instituées pour chaque société, ce qui ne contribue guère à leur intelligibilité en tant qu'ensemble procédural²⁴⁵². À cet égard, il appartient aux justiciables de rechercher la règle qui les intéresse parmi les textes propres à chaque société. Cependant, leur contenu n'est pas nécessairement ordonnancé selon le même ordre d'une société à une autre et il peut, en outre, différer en présence de certains faits générateurs ou même, de la qualité du demandeur de l'agrément²⁴⁵³. La question se pose alors de savoir quelle ligne d'interprétation adopter ? Chaque dispositif est-il exclusif des autres, ou se complètent-ils ? Par ailleurs, une difficulté supplémentaire s'y ajoute : ces règles peuvent être dispersées au sein de dispositions réglementaires, dont l'omission est parfois rigoureusement sanctionnée²⁴⁵⁴.

650. Un facteur d'unification en droit prospectif. Afin de simplifier cette législation, il a été démontré la possibilité d'unifier son domaine, en vertu d'un fondement commun à toutes les sociétés : celui du postulat de l'existence d'un contrat *intuitu personae* unissant les associés. Concrètement, cette unification nécessiterait de supprimer les disparités résultant de chacun des textes, et de maintenir les spécificités irréductibles liées aux caractéristiques de chaque type sociétaire²⁴⁵⁵, ou à la nature de certains faits générateurs²⁴⁵⁶. Une fois ce domaine simplifié, il a été

²⁴⁵⁰ Sources (v. *supra* n° 84 et s.), faits générateurs (v. *supra* n° 191 et s.), personnes concernées par la procédure (v. *supra* n° 235, n° 249).

²⁴⁵¹ Spécialement celles gouvernant la décision statuant sur la demande d'agrément (v. *supra* n° 330).

²⁴⁵² Par exemple, il est possible de comparer la structure des textes de la société civile et ceux de la SARL.

Pour la société civile, l'article 1861 du Code civil mentionne les règles relatives à une demande d'agrément, puis les articles 1862, 1863, et 1864 du même Code organisent les règles applicables consécutivement à un refus d'agrément, tandis que les articles 1866 à 1868 prévoient le régime de l'agrément en cas de nantissement des droits sociaux.

Pour la SARL, l'article L. 223-13 du Code de commerce indique le domaine de l'agrément tandis que l'article L. 223-14 du même Code régit ses règles procédurales. L'article L. 223-15 prévoit les règles spécialement applicables en cas de nantissement et l'article suivant mentionne une règle propre aux cessions réalisées entre associés.

²⁴⁵³ Par exemple, les textes de la société civile et la SNC distinguent l'hypothèse du décès d'un associé des autres faits générateurs de la procédure d'agrément (pour la société civile : C. civ., art. 1870 et 1870-1 ; pour la SNC : C. com., art. L. 221-15).

²⁴⁵⁴ V. *supra* n° 293 et s. (sanction du défaut de mention de l'organe social compétent pour statuer sur une demande d'agrément dans les sociétés par actions).

²⁴⁵⁵ Pour les exceptions au principe proposé de l'agrément obligatoire, v. *supra* n° 145.

²⁴⁵⁶ Pour les exceptions au transfert, fait générateur de droit commun proposé, v. *supra* n° 276.

possible *a fortiori* d'appliquer la même méthode à sa procédure. De la suppression des disparités procédurales (qu'elles aient pour objet la notification, les obligations à la charge des gérants, les délais pour décider de la demande d'agrément²⁴⁵⁷ ou pour exécuter l'obligation de rachat²⁴⁵⁸), et du maintien de certaines spécificités, il résulte un régime composé de deux catégories : un de droit commun²⁴⁵⁹ et un autre faisant figure d'exception, lié aux caractéristiques de certains faits générateurs que sont le nantissement et certaines transmissions de droits sociaux²⁴⁶⁰. Les sanctions de ces règles sont naturellement unifiées dès lors qu'elles protègent les mêmes intérêts dans chaque société : celui de l'associé cédant, à travers la protection de ses droits issus du contrat de société, et celui de la société, dont l'*intuitu personae* nécessite de ne pas être bouleversé par l'exercice des prérogatives d'associé²⁴⁶¹.

L'antagonisme de ces intérêts met ainsi en évidence la coexistence de règles d'ordre public de protection et celles du droit des contrats au sein de la procédure d'agrément, dont la persistance corrobore l'analyse selon laquelle, les associés sont tenus par des liens contractuels en cours de vie sociale²⁴⁶². De cette coexistence, il est possible de déduire certains principes propres à améliorer l'intelligibilité de cet ensemble hétéroclite.

- En premier lieu, l'existence du contrat de société a une incidence sur l'ensemble du régime de l'agrément : outre les pistes suggérées pour unifier son domaine, l'analyse contractuelle des rapports entre associés a également permis d'unifier sa procédure et ses sanctions, en corrigeant la dimension institutionnelle dominant jusqu'alors cette législation. Ce caractère institutionnel s'exprime actuellement par un dévoiement des concepts juridiques sociétaires²⁴⁶³ ou généraux²⁴⁶⁴, à des fins de politique législative comme, par exemple, favoriser les transmissions familiales²⁴⁶⁵ ou affirmer l'impérativité de la procédure d'agrément²⁴⁶⁶. Or une conception unitaire de l'agrément fondée sur l'existence d'un contrat entre les associés contribuerait notamment, à simplifier la détermination du titulaire du pouvoir d'agréer²⁴⁶⁷, ses règles de vote²⁴⁶⁸ mais aussi, de généraliser

²⁴⁵⁷ V. *supra* n° 391.

²⁴⁵⁸ V. *supra* n° 490.

²⁴⁵⁹ V. *supra* n° 411, n° 519.

²⁴⁶⁰ V. *supra* n° n° 446, n° 546.

²⁴⁶¹ V. *supra* n° 630.

²⁴⁶² V. *supra* n° 157.

²⁴⁶³ V. par exemple l'exigence ponctuelle de l'unanimité pour voter la stipulation d'une clause d'agrément alors que celle-ci n'aggrave pas l'engagement des associés (*supra* n° 292).

²⁴⁶⁴ V. par exemple à propos du recours au tiers estimateur de l'article 1843-4 du Code civil et l'atteinte à la force obligatoire du contrat de vente, v. *supra* n° 508, n° 514-2.

²⁴⁶⁵ V. *supra* n° 125 et s.

²⁴⁶⁶ V. *supra* n° 632 et s.

²⁴⁶⁷ V. *supra* n° 430 et s.

le dispositif du rachat²⁴⁶⁹, et la sanction de l'inopposabilité du transfert réalisé sans demander l'agrément²⁴⁷⁰. Une certaine marge de liberté existe toutefois à l'égard de la société pour aménager les contraintes procédurales internes, dès lors qu'elles ne portent pas atteinte à l'ordre public institué par la procédure légale.

- En second lieu, cet ordre public est omniprésent : chaque étape de la procédure exprime tantôt la protection de la société, tantôt celle du cédant. Cette intervention est légitime car, dans cette hypothèse, le législateur joue un rôle d'arbitre entre deux intérêts antagonistes. L'identification de l'intérêt protégé par une règle est ainsi un guide utile pour déterminer la nature de la sanction adaptée à sa violation. Toutefois, comme pour les autres règles procédurales, cette détermination est soumise à deux contraintes afin que la législation conserve sa cohérence.

- D'une part, la règle de protection ne doit pas contredire les concepts généraux de droit commun. À titre d'illustration, il a été soulevé l'atteinte portée à la force obligatoire de la convention de transfert par la renonciation du cédant, lorsque cette renonciation est exercée ultérieurement à la désignation du tiers estimateur. L'application de la nullité à la cession réalisée sans notification préalable en constitue une seconde illustration. Cette sanction, certes juridiquement fondée, n'est pas celle dont le régime est le plus adapté. Cette distorsion dans le régime applicable à une même institution est aussi créée par un second type de défaut.

- D'autre part, la règle énoncée ne doit pas non plus entraver les modalités d'exercice des droits individuels des associés, sous peine de porter atteinte à la liberté attachée à cet exercice et, plus fatalement, à la substance même de ses droits. Ces modalités ne se confondent toutefois pas avec les modalités techniques encadrant parfois la société et les droits sociaux, et destinées à faciliter ses relations avec les tiers : la personnalité morale, la négociabilité des titres. Or, en la matière, le législateur a fâcheusement tendance à influencer sur ces premières modalités afin d'exprimer l'impérativité qu'il accorde à une règle. Ce dirigisme a pour conséquence de diminuer la liberté des associés dans l'exercice de leurs droits mais aussi, parfois plus gravement, de porter atteinte à la substance de ces derniers. Tel est le cas lorsque la loi exige, dans le cadre de la SNC, un vote unanime de l'agrément, mais qu'elle condamne, par là-même, l'associé à rester perpétuellement engagé en l'absence d'unanimité²⁴⁷¹. En outre,

²⁴⁶⁸ V. *supra* n° 440 et s.

²⁴⁶⁹ V. *supra* n° 520 et s.

²⁴⁷⁰ V. *supra* n° 632.

²⁴⁷¹ V. *supra* n° 521.

ces diverses inflexions créent des disparités entre le régime applicable à chaque société, lesquelles nuisent à la cohérence, et donc, à l'intelligibilité du Droit.

De la sorte, la conclusion suivante s'impose : le domaine des règles d'ordre public sociétaire et celui du contrat de société doivent être strictement intangibles, sous peine de nuire à la cohérence du système juridique. Tant le législateur que les statuts excèdent leur pouvoir s'ils empiètent sur le domaine de l'autre. Cette approche a, en outre, démontré ses utilités : celle d'une rationalisation du régime de l'agrément, lequel est totalement légitimé par la recherche du fondement de chacune de ses composantes²⁴⁷², ainsi que par l'opportunité de les généraliser²⁴⁷³ ou de les supprimer²⁴⁷⁴. Il en découle une simplification de la législation, tant au fond que sur la forme, et dont l'adoption permettrait de supprimer de nombreux textes, jusqu'alors passablement complexes. Le Droit n'en serait que plus accessible et donc, plus intelligible.

²⁴⁷² V. par exemple à propos de la sanction du transfert de droits sociaux réalisé sans notifier de demande d'agrément : v. *supra* n° 567 et s.

²⁴⁷³ Par exemple à propos du dispositif du rachat, v. *supra* n° 520 et s.

²⁴⁷⁴ V. en présence d'un refus d'agrément, les règles spéciales mentionnées : *supra* n° 527 et s.

CONCLUSION GÉNÉRALE

651. Dans un contexte internationalisé de normes se superposant, comment le Droit français peut-il être compétitif si un point de sa législation comme l'agrément sociétaire est aussi complexe ? La légitimité de cette complexité est, au demeurant, remise en cause par l'importance du contentieux que suscite son application.

Si la simplification du Droit est brandie de façon récurrente comme solution à ce phénomène, l'agrément en droit des sociétés se présente comme un terrain fertile d'expérimentation de celle-ci. À cette fin, procéder à l'analyse du droit positif fut d'abord nécessaire²⁴⁷⁵, avant de traiter, ensuite, ses lacunes et incohérences par sa rationalisation²⁴⁷⁶.

La constatation ainsi faite, *a priori*, du fort contentieux suscité, a mené à s'interroger sur ses raisons. Celles-ci ont pu être mises en évidence à l'aide d'une décomposition exégétique de son régime, lequel comprend deux types de disposition ayant trait tantôt à son domaine²⁴⁷⁷, tantôt à sa mise en œuvre²⁴⁷⁸. Or, à l'issue de leur analyse, des défauts identiques furent relevés car la défaillance de la législation provient d'une cause lui étant intrinsèque : celle de la méthode employée par le législateur pour l'édicter. Cette méthode fut celle employée en 1966 pour réformer le droit des sociétés commerciales. Elle est le reflet d'une certaine époque, où une vision institutionnelle de la société légitimait l'interventionnisme du législateur dans des domaines relevant, par nature, de la liberté contractuelle.

La législation de l'agrément illustre ce choc frontal entre la nécessité de préserver une notion par essence subjective, l'*intuitu personae*, et son encadrement par la loi à des fins de politique législative. Il en résulte que l'agrément est conçu comme un instrument fonctionnel, pour lequel la modulation de sa source, au sein de chaque structure sociétaire, suppose la facilitation des transmissions familiales²⁴⁷⁹. Influençant ainsi la force de l'*intuitu personae* de chaque société, non seulement au gré de la qualité des demandeurs de l'agrément, mais aussi, de ses faits générateurs, le législateur fut pris au piège de « sa volonté de tout prévoir »²⁴⁸⁰. Celle-ci l'obligea à anticiper

²⁴⁷⁵ V. *supra* n° 84 et s., n° 191 et s., n° 286 et s., n° 462 et s., n° 559 et s.

²⁴⁷⁶ V. *supra* n° 137 et s., n° 269 et s., n° 410 et s., n° 518 et s., n° 630.

²⁴⁷⁷ V. *supra* n° 82 et s.

²⁴⁷⁸ V. *supra* n° 284 et s.

²⁴⁷⁹ V. notamment *supra* n° 127 et n° 128.

²⁴⁸⁰ V. en ce sens : *JO Sénat CR*, 27 avril 1966, p. 348 ; *JO AN CR* 27 avril 1966.

l’influence de ces éléments sur la source de l’agrément. Cependant, ce pointillisme mêlé à l’impérativité de cette législation conduit l’interprète à concevoir restrictivement le champ d’application de l’agrément soulignant, par là même, les lacunes et les incohérences des textes.

Des limites similaires se retrouvent s’agissant de sa mise en œuvre, les modalités de vote de celui-ci pouvant, par exemple, dépendre de ses faits générateurs ou de la qualité de son demandeur. Mais ces corrélations n’existent pas pour toutes les sociétés. Cette détermination du régime de l’agrément, au cas par cas, oblige alors le justiciable à vérifier minutieusement les dispositions de chaque structure, lesquelles sont souvent de nature législative, parfois réglementaire, mais dans tous les cas, rarement précises. Ces imperfections forcent à se demander si la précision indiquée dans le corpus d’une société, mais manquante pour une autre, lui est néanmoins transposable. De telles incertitudes ne favorisent guère l’intelligibilité des textes, et ne sont pas davantage un gage de sécurité juridique.

De cet ensemble nébuleux, il est pourtant possible de dégager un certain nombre de solutions afin de conceptualiser le régime de l’agrément. Il s’en déduit une méthode de simplification (I) et, plus généralement, des pistes pour élaborer une théorie générale du droit des sociétés (II)²⁴⁸¹.

I. La méthode de simplification usitée.

652. L’analyse du droit positif. Afin d’apprécier la législation, la démarche entreprise consista à remarquer, de prime abord, que l’agrément était susceptible d’être appliqué, quelle que soit la nature des droits sociaux, parts sociales ou actions²⁴⁸². Dès lors, un rassemblement de ses règles en fonction de leur objet fut entrepris en vue de comparer chacune d’elles, d’une structure à une autre, grâce à leur répartition en deux catégories : la première relative à leur domaine²⁴⁸³, la seconde relative à leur mise en œuvre²⁴⁸⁴. La recherche de la finalité et de la légitimité de chacune permit de mettre en évidence la cause de la défectuosité de cette législation : celle d’une casuistique préjudiciable à la sécurité juridique, laquelle se concrétise par une imbrication de textes peu intelligibles. Ces défauts s’expriment ainsi à de nombreux égards.

²⁴⁸¹ V. *supra* n° 183 et s.

²⁴⁸² V. *supra* n° 135 et s.

²⁴⁸³ V. *supra* n° 82.

²⁴⁸⁴ V. *supra* n° 284.

- D’abord, à l’égard de la source de l’agrément. Son contenu se caractérise par la volonté du législateur de tout prévoir précisément, laquelle aboutit à totalement la morceler entre une origine conventionnelle ou légale, supplétive ou impérative²⁴⁸⁵.

- Ensuite, à l’égard de ses faits générateurs. La mention de certains d’entre eux seulement crée des incertitudes quant à l’application de la loi aux hypothèses non référencées²⁴⁸⁶.

- Enfin, à l’égard de sa mise en œuvre. Les incohérences des règles procédurales, ainsi que leurs sanctions, d’une société à une autre, sont souvent le résultat de l’ingérence du législateur dans les modalités d’exercice des droits sociaux, et cela, sous prétexte de mettre en œuvre telle ou telle politique²⁴⁸⁷.

653. La proposition de rationalisation. Mais en dépit des apparences, ce tableau ne saurait être totalement sombre. L’analyse exégétique a aussi eu pour mérite de montrer que les défaillances de la législation ne sont pas irrémédiables : il est possible d’y déceler ses propres traitements. Sous l’ensemble de ces données légales, se dégagent des règles générales et abstraites, lesquelles participent à la conceptualisation de l’instrument fonctionnel qu’était jusqu’alors l’agrément.

653-1. La rationalisation du domaine de l’agrément par l’énoncé d’un nouveau principe. Ce domaine peut largement être unifié et, par là-même, sécurisé. Partant du postulat qu’il est susceptible de s’appliquer à tous les types sociétaires, une démarche législative inverse à celle passée peut être proposée. Plutôt que de déterminer au cas par cas quand l’agrément est applicable ou non, pourquoi la loi ne poserait-elle pas le principe de son application obligatoire à toutes les sociétés, quelle que soit la qualité du demandeur, quelle que soit la nature de l’opération juridique en cause ? Ce postulat répondant certes à une réalité sociologique, celle du choix des membres composant un groupe social²⁴⁸⁸, il est néanmoins indispensable de vérifier s’il est légitime au regard du droit des sociétés avant de l’affirmer fermement.

- La recherche du fondement de ce nouveau principe du droit commun des sociétés. En effet, la généralisation de l’agrément peut choquer *a priori*. Ne serait-elle pas contraire au fait que les droits sociaux, et spécialement les actions, sont avant tout considérés comme des valeurs patrimoniales ? Une renonciation à cette conception, et plus largement, à la qualification de la

²⁴⁸⁵ V. *supra* n° 88 et s.

²⁴⁸⁶ V. *supra* n° 193 et s.

²⁴⁸⁷ V. *supra* n° 365 et s. (à propos des règles de vote de l’agrément) ; n° 565 et s. (la nullité du transfert des droits sociaux réalisé sans demander préalablement l’agrément).

²⁴⁸⁸ V. *supra* n° 15 et s.

société en tant qu’institution, est effectivement nécessaire pour l’admettre²⁴⁸⁹. Mais cela ne signifie pas pour autant que cette proposition soit dénuée de toute justification. Cette dernière doit plus précisément être recherchée à l’égard de *l’intuitu personae*, raison d’être de l’agrément²⁴⁹⁰. Or il s’avère que cette notion ne peut exister sans le support d’un contrat, pour lequel il est une manifestation de la subjectivité dont peut se teinter l’intention de contracter²⁴⁹¹. Certes décriée, cette qualification s’impose néanmoins, à défaut pour les autres de fonder juridiquement l’existence de *l’intuitu personae*²⁴⁹².

Il en résulte que l’objet représenté par les droits sociaux est une position contractuelle, marquée ou non d’*intuitu personae*, et pour laquelle le régime de la cession de contrat, tel que consacré par la réforme du droit des obligations, est en parfaite adéquation avec la proposition faite d’un agrément applicable obligatoirement²⁴⁹³. En effet, la réforme du Code civil impose l’accord préalable du cocontractant cédé pour réaliser cette opération ; accord qui s’analyse non seulement comme une autorisation de modifier le contrat initial, mais également comme un agrément implicite²⁴⁹⁴. Cependant, le droit des sociétés ne saurait être aussi strict car il convient de moduler l’impérativité de l’agrément en fonction des caractéristiques actuelles de chaque structure sociétaire.

- Les exceptions propres au droit spécial des sociétés. À cet égard, le transfert des parts des associés en nom et des commandités ne saurait supporter un agrément supplétif de volonté en raison de la rigueur de leur engagement²⁴⁹⁵. Un degré d’ouverture supérieur serait toutefois admis envers les associés des sociétés réglementées²⁴⁹⁶, de la société civile et de la SARL, ainsi qu’à l’égard des proches des associés de ces deux dernières structures²⁴⁹⁷. Afin de ne pas perpétuer les interrogations actuelles sur la qualité de ces derniers, la loi pourrait les désigner par leur lien juridique avec l’associé : filial, matrimonial, successoral, ou issu d’une convention de PACS. En revanche, l’agrément serait toujours supplétif de volonté pour les sociétés par actions, conformément au principe de la libre négociabilité de leurs titres²⁴⁹⁸. Il est ainsi possible d’imaginer qu’à plus ou moins long terme, la SAS devienne la structure de droit commun des

²⁴⁸⁹ V. *supra* n° 158 et s.

²⁴⁹⁰ V. *supra* n° 11 et s.

²⁴⁹¹ V. *supra* n° 21 et s.

²⁴⁹² V. *supra* n° 158 et s., n° 165 et s.

²⁴⁹³ V. *supra* n° 139 et s.

²⁴⁹⁴ V. *supra* n° 172 et s.

²⁴⁹⁵ V. *supra* n° 148.

²⁴⁹⁶ V. *supra* n° 150.

²⁴⁹⁷ V. *supra* n° 151.

²⁴⁹⁸ V. *supra* n° 152.

sociétés fermées ; ces dernières se distinguant nécessairement des sociétés ouvertes pour lesquelles le droit patrimonial est dominant, et l'application de l'agrément, par conséquent, exclue²⁴⁹⁹.

- L'unification des faits générateurs de l'agrément par la neutralisation de tous les transferts de prérogatives sociétaires et le maintien de quelques exceptions ponctuelles.

Pour l'ensemble de ces sociétés fermées, la démarche à suivre pour éradiquer la casuistique relative à la détermination du fait générateur de l'agrément est la même que celle utilisée pour unifier sa source : il s'agit de lui conférer le plus large champ d'application possible. Pour cela, il fut proposé de consacrer les opérations réalisant un transfert comme principal fait générateur²⁵⁰⁰, qu'il s'agisse des droits sociaux ou de quelques prérogatives sociétaires seulement, sans pour autant s'attacher à la titularité de la qualité d'associé²⁵⁰¹. Car l'important n'est pas tant de maîtriser celle-ci que de neutraliser les risques d'interventionnisme nuisible à la société. Néanmoins, par exception, certains faits générateurs sont irréductibles au champ du mot « transfert », en raison de leur nature ou de leurs effets. Ces derniers, que sont la souscription²⁵⁰² et la revendication de la qualité d'associé par le conjoint commun en biens²⁵⁰³, nécessiteraient dès lors d'être expressément visés par la loi.

- Une pratique inversée. En application de ce droit prospectif, il appartiendrait aux statuts (des sociétés y étant légalement autorisées²⁵⁰⁴) de suppléer le rôle actuellement tenu par la loi, et de préciser pour telle ou telle opération juridique s'il existe une dispense d'agrément. Le dispositif serait de la sorte sécurisé, car plutôt que de lier l'efficacité de l'agrément à la diligence des statuts, lesquels doivent actuellement veiller à correctement interpréter les textes ; cette efficacité serait assurée par la loi à travers le principe de l'application obligatoire de l'agrément²⁵⁰⁵. Au contraire, la dispense suppose que les associés aient eu une réflexion sur l'adoption de cette clause ; démarche qui, *a priori*, pourrait contribuer à réduire le contentieux en la matière mais aussi, plus certainement, leur redonnerait une totale liberté de définir leur *intuitu personae*. En outre, cette clause nécessiterait, comme celle d'agrément, de respecter un certain formalisme pour être valablement stipulée²⁵⁰⁶. Le cas échéant, son irrespect ne serait pas sanctionné par son

²⁴⁹⁹ V. *supra* n° 43.

²⁵⁰⁰ V. *supra* n° 270 et s.

²⁵⁰¹ V. *supra* n° 275 et s.

²⁵⁰² V. *supra* n° 277.

²⁵⁰³ V. *supra* n° 278.

²⁵⁰⁴ V. *supra* n° 147 et s.

²⁵⁰⁵ V. *supra* n° 139 et s.

²⁵⁰⁶ V. *supra* n° 412 et s.

inopposabilité aux tiers²⁵⁰⁷, mais par un retour au principe de l’agrément obligatoire, réduisant par là-même, les risques intempestifs d’intrusions ou de modifications du capital social.

653-2. La rationalisation de la mise en œuvre de l’agrément par son unification. Cette dernière découle logiquement de l’unification préalable de son domaine, et pour laquelle une méthode similaire a pu être utilisée, c’est-à-dire, un rassemblement des règles identiques à toutes les sociétés, puis une mise à l’écart des règles particulières devant néanmoins être maintenues. Il en résulte l’élaboration d’un droit commun et d’un droit spécial, celui-ci n’étant pas nécessairement lié aux spécificités structurelles de certaines sociétés, mais le plus souvent, à l’influence dérogatoire de certains faits ou actes juridiques sur la procédure d’agrément.

- **La stipulation d’une clause de dispense d’agrément.** Ce nouveau droit commun serait ainsi initié par les règles relatives non plus à la stipulation de la clause d’agrément, mais à celle de sa dispense. Il a été souligné à cet égard la nécessité d’uniformiser la règle de son vote (celle d’une modification des statuts²⁵⁰⁸), de même que le document la contenant (les statuts exclusivement²⁵⁰⁹). En revanche, la consécration de règles spéciales de publicité ne semble pas nécessaire, cette dispense d’agrément ne portant pas atteinte aux droits des tiers²⁵¹⁰.

- **Un encadrement précisé de la notification de la demande d’agrément.** L’analyse du droit positif a également mis en évidence le besoin de préciser les règles encadrant cette notification. Celles-ci ont, pour leur majorité, été déterminées par la jurisprudence au fil du contentieux suscité, qu’il s’agisse de ses mentions obligatoires²⁵¹¹, de l’identification des personnes concernées²⁵¹² ou de l’affirmation de l’impérativité de ce formalisme²⁵¹³. L’ensemble de ces précisions s’avérant justifié, elles seraient donc reprises en droit prospectif, ainsi que quelques exigences ponctuelles mentionnées actuellement dans les textes de certaines sociétés seulement comme, les modalités de réalisation de la notification²⁵¹⁴, son caractère préalable²⁵¹⁵ ou ses effets, ces derniers étant importants et au nombre de deux²⁵¹⁶ : la computation du délai imposé à la société pour statuer, et l’obligation faite au gérant de convoquer l’assemblée en l’absence de

²⁵⁰⁷ V. *supra* n° 293 et s., n° 599.

²⁵⁰⁸ V. *supra* n° 291 et s., n° 414 (droit prospectif).

²⁵⁰⁹ V. *supra* n° 290, n° 413 (droit prospectif).

²⁵¹⁰ V. *supra* n° 416.

²⁵¹¹ V. *supra* n° 307 et s.

²⁵¹² V. *supra* n° 311 et s.

²⁵¹³ V. *supra* n° 304.

²⁵¹⁴ V. *supra* n° 420.

²⁵¹⁵ V. *supra* n° 425.

²⁵¹⁶ V. *supra* n° 427.

délégation de son pouvoir d'agréer. La généralisation de cette dernière serait le corollaire de la consécration de la qualité de la société en tant que destinataire unique de la notification²⁵¹⁷. Elle constituerait, de la sorte, la première étape vers la sécurisation de la décision statuant sur la demande d'agrément.

- **Une décision sociale sécurisée.** Deux démarches tendraient plus précisément vers ce but : celle de clarifier ses modalités d'adoption²⁵¹⁸ et celle de consacrer ses caractéristiques, telles que précisées par la jurisprudence²⁵¹⁹. Enfin, l'obligation de notifier la décision serait généralisée à l'ensemble des sociétés afin de prévenir le risque qu'elles ne puissent se procurer des preuves contre l'écoulement du délai.

- **Une clarification et une généralisation du dispositif spécial du rachat.** Une fois ces modalités unifiées, il fut tout aussi aisé d'uniformiser le dispositif consécutif au refus d'agrément, pour lequel un certain parallélisme des formes se remarque. Ce dernier se manifeste lors de la recherche de l'unification du délai imparti à la société pour exécuter son obligation de rachat²⁵²⁰, ainsi que la généralisation d'une notification des modalités proposées de cette exécution par la société²⁵²¹. À cet égard, consacrer le régime de cette obligation, tel que précisé par la jurisprudence, serait non seulement une garantie de son efficacité mais aussi, la face négative d'une créance concrétisant un véritable droit de retrait au profit du cédant²⁵²². De façon plus novatrice, ce droit pourrait être généralisé à l'ensemble des sociétés, y compris à la SNC et à la commandite simple. Cette extension permettrait ainsi de contrer l'atteinte portée à la liberté de l'associé, de ne pas être perpétuellement engagé dans la société, lorsque l'agrément de son ayant droit ne recueille pas l'unanimité²⁵²³. D'autres éléments de ce dispositif légal pourraient être généralisés à l'ensemble des sociétés, notamment ceux ayant trait aux éventuels désaccords entre le cédant et la société. Cette généralisation serait aussi l'occasion de préciser les conditions du recours à l'expertise de l'article 1843-4 du Code civil²⁵²⁴, ainsi que sa valeur juridique entre les

²⁵¹⁷ Et non plus les associés comme c'est actuellement le cas pour les sociétés de personnes et la SARL (v. *supra* n° 423).

²⁵¹⁸ Ces modalités concernent l'identification du titulaire du pouvoir d'agréer (v. *supra* n° 430 et s.), la détermination des règles de vote de l'agrément (v. *supra* n° 440 et s.), et l'unification du délai imparti à la société pour rendre sa décision (v. *supra* n° 442 et s.).

²⁵¹⁹ L'agrément peut être discrétionnaire, donné à l'avance, et global. En revanche, il doit être pur et simple (v. *supra* n° 445 et s.).

²⁵²⁰ V. *supra* n° 531 et s.

²⁵²¹ V. *supra* n° 534.

²⁵²² V. *supra* n° 643.

²⁵²³ V. *supra* n° 520 et s.

²⁵²⁴ V. *supra* n° 536 et s.

parties²⁵²⁵. Il en serait de même pour l'exercice par l'associé de sa renonciation à sa créance de rachat²⁵²⁶.

- **La clarification des effets de certaines spécificités.** Enfin, certains faits générateurs ont une incidence particulière sur la procédure d'agrément, qu'il s'agisse de son régime général ou du régime consécutif à son refus. Tel est le cas du nantissement, mais aussi de la transmission de droits sociaux. Le caractère dérogoratoire du premier s'explique par le fait que l'identité de l'adjudicataire n'est pas toujours connue lors de la demande de l'agrément²⁵²⁷. C'est pourquoi, en droit prospectif, la date de la notification, un mois avant la réalisation de l'adjudication, serait généralisée²⁵²⁸, ainsi que la possibilité pour la société de rétracter son agrément une fois la vente forcée réalisée²⁵²⁹.

La nature même et les effets du décès de l'associé génèrent eux aussi des aménagements de la procédure d'agrément. La constatation d'une possible coexistence entre l'agrément et une clause de continuation fait remarquer la nécessité de son encadrement par la loi²⁵³⁰. À cette fin, une disposition similaire à l'ancien article 1868 du Code civil pourrait être réhabilitée, au sein du droit commun des sociétés²⁵³¹. D'autres spécificités liées au décès pourraient être consacrées dans ce nouveau droit de l'agrément, qu'il s'agisse de règles dégagées par la jurisprudence comme la qualité du débiteur de la notification²⁵³², ainsi que les règles de vote de l'agrément des héritiers²⁵³³ ou, de façon plus novatrice, la détermination du sort des droits sociaux pendant la période comprise entre la date du décès de l'associé et celle de l'agrément des héritiers ou de leur refus. À cet égard, la nature de l'agrément permet d'expliquer la suspension de la qualité d'associé jusqu'à ce que la société rende sa décision : il est une condition suspensive de cette acquisition²⁵³⁴. Mais depuis le jour du décès, la créance de remboursement des apports, donnant droit aux dividendes pendant cette période, est transmise de façon certaine dans le patrimoine des ayants droit ; date à

²⁵²⁵ V. *supra* n° 539. Il sera également proposé de partager les frais de cette expertise, et non pas de les faire supporter exclusivement par la société comme l'impose le droit positif (v. *supra* n° 540).

²⁵²⁶ Il fut ainsi précisé le moment de l'exercice de cette renonciation (v. *supra* n° 544) ainsi que la généralisation de sa notification (v. *supra* n° 542 et s.).

²⁵²⁷ V. *supra* n° 327.

²⁵²⁸ V. *supra* n° 450.

²⁵²⁹ V. *supra* n° 451. Il sera également précisé, en cas de refus d'agrément, la liberté pour la société de proposer un prix différent que celui issu de l'adjudication (v. *supra* n° 547).

²⁵³⁰ V. *supra* n° 298 ; n° 453 (droit prospectif).

²⁵³¹ V. *supra* n° 454.

²⁵³² V. *supra* n° 456.

²⁵³³ V. *supra* n° 457.

²⁵³⁴ V. *supra* n° 458.

laquelle est déterminée cette valeur²⁵³⁵, conformément à l’article 1843-4 du Code civil²⁵³⁶. La traditionnelle distinction du titre et de la finance serait ainsi reprise en droit prospectif.

Des effets similaires au décès sont produits par une opération de restructuration dont la réalisation serait préalable à la demande d’agrément, et pour laquelle, il conviendrait d’étendre les aménagements précédents²⁵³⁷. Cette assimilation aurait certes pour avantage d’indemniser l’ayant droit de la valeur des apports de son auteur, sans détourner le dispositif du refus d’agrément, mais elle aurait, aussi, vocation à sanctionner la tardiveté de sa demande d’agrément par son inopposabilité²⁵³⁸.

- Une correction des sanctions applicables aux violations de la procédure d’agrément.

Les spécificités précédemment constatées rejaillissent sur les sanctions de la violation de la procédure d’agrément. En raison de la plus grande souplesse du régime de l’inopposabilité vis-à-vis de ses spécificités, celle-ci sera préférée à l’actuelle nullité²⁵³⁹. Plus adaptée, elle ne serait pas pour autant moins coercitive que cette dernière dont l’inefficacité est avérée en présence de certains faits générateurs²⁵⁴⁰. Cette substitution présenterait, en outre, l’avantage d’unifier la sanction du défaut de notification de la demande d’agrément, en ne la scindant plus au gré des espèces entre la nullité et l’inopposabilité²⁵⁴¹. Mais la société n’est pas non plus exempte de sanctions. Ces dernières se caractérisent par la dualité de leurs effets : internes ou externes.

La clause réputée non-écrite sanctionne ainsi une contradiction des statuts par rapport à la loi, et dont la généralisation serait nécessaire à défaut d’être actuellement inscrite dans le dispositif légal de chaque société. Cette inscription aurait également pour avantage de renforcer l’impérativité de l’ensemble des étapes de la procédure d’agrément, dont certains auteurs doutaient jusqu’à présent²⁵⁴².

Les sanctions externes nécessitent également d’être mieux affirmées, et plus particulièrement, la dualité de leurs effets vis-à-vis des tiers, lesquels peuvent être positifs comme négatifs. Ainsi, le cessionnaire proposé peut positivement bénéficier de l’agrément tacite lorsque la société ne respecte pas le délai imparti pour décider de l’agrément, ou pour exécuter son obligation de

²⁵³⁵ V. *supra* n° 552.

²⁵³⁶ V. *supra* n° 538.

²⁵³⁷ V. *supra* n° 549.

²⁵³⁸ V. *supra* n° 581, n° 632 et s.

²⁵³⁹ V. *supra* n° 632.

²⁵⁴⁰ V. *supra* n° 577 et s.

²⁵⁴¹ V. *supra* n° 633.

²⁵⁴² V. *supra* n° 638. Il est également proposé de supprimer la sanction d’une lacune des statuts par rapport à la loi (v. *supra* n° 639).

rachat à la suite de son refus²⁵⁴³. Cette sanction ne serait toutefois pas applicable à la SNC et aux commandités, en raison de la nécessité d’agréer un cessionnaire solvable²⁵⁴⁴. Au contraire, sous réserve de la bonne foi de ce dernier, son bénéfice de l’agrément peut être anéanti par la nullité de la délibération sociale lui ayant accordé²⁵⁴⁵. La nature de cette nullité a fait l’objet d’hésitations jurisprudentielles, c’est pourquoi, les textes suggérés devraient préciser qu’elle relève du droit des sociétés ; celle-ci visant précisément à sanctionner l’irrespect de l’impérativité de la procédure d’agrément²⁵⁴⁶.

654. En conclusion, il résulte de cette démarche d’unification la coexistence d’un droit commun et d’un droit spécial de l’agrément, en raison de l’influence dérogatoire de certaines spécificités. Mais si d’autres particularités apparaissaient à l’avenir, le pivot central de cette législation serait clairement identifié : celle-ci s’articule autour du contrat spécial qu’est le contrat de société dans les rapports internes entre associés lesquels sont, en principe, dominés par l’*intuitu personae*. Grâce à cette ligne de lecture, les magistrats ne seraient pas démunis si une adaptation de la législation était nécessaire. Ils ne le seraient pas davantage en présence d’une contradiction entre la lettre des textes et l’intention des parties. *In fine*, la législation apparaîtrait plus simple et donc, plus intelligible, dépolluée de ses textes inutiles ou de leurs redondances. Mais sans pour autant que leur nouvelle simplicité soit synonyme de simplisme, car l’ensemble de ces règles n’en demeure pas moins intrinsèquement complexe²⁵⁴⁷. Plus généralement, il est possible de déduire de ces analyses quelques enseignements qui contribueraient à améliorer le droit positif des sociétés.

II. Des pistes pour élaborer une théorie générale du droit des sociétés.

655. La présente thèse a démontré que l’agrément était l’expression d’une survivance du contrat de société, y compris après l’immatriculation requise pour bénéficier de la personnalité morale²⁵⁴⁸. Or, de cette constatation, il a été possible de déduire deux principales pistes de réflexion susceptibles de contribuer à l’élaboration d’une théorie générale du droit des sociétés. Déjà suggérée par le passé, la consécration d’une *summa divisio* entre les sociétés fermées et les sociétés ouvertes se trouve renforcée par la proposition faite, laquelle assierait sa légitimité. En

²⁵⁴³ V. *supra* n° 641 et s.

²⁵⁴⁴ V. *supra* n° 642.

²⁵⁴⁵ V. *supra* n° 645 et s.

²⁵⁴⁶ V. *supra* n° 646.

²⁵⁴⁷ Adde BERGEL (J.—L.), « Le mythe de la simplification du droit – approche méthodologique », in *La simplification du droit, Recherches à la confluence de la légistique et de la pratique*, sous la direction scientifique de BERT (D.), CHAGNY (M.), CONSTANTIN (A.), Institut Universitaire Varenne, Coll. Colloques et Essais, 2015, p. 21.

²⁵⁴⁸ V. *supra* n° 161 et s.

outre, l'analyse du régime de l'agrément, sous le prisme du contrat de société, a permis de mettre en évidence les frontières auxquelles le législateur devrait astreindre son action, afin que ce droit conserve sa cohérence.

656. Une reconstruction du droit des sociétés sur la base d'une distinction entre les sociétés fermées et les sociétés ouvertes. Les précédentes analyses ont souligné l'incompatibilité de l'agrément avec une conception purement patrimoniale des droits sociaux. Si le but de l'engagement sociétaire est toujours le partage des bénéfices résultant de l'exploitation de la somme des apports, par l'activité sociale ; les motivations personnelles des associés peuvent aussi être empreintes de subjectivité, laquelle se manifeste spécialement à travers l'*intuitu personae*. Or, concevoir l'engagement sociétaire comme un simple investissement, duquel découle la propriété d'un bien (les droits sociaux), ne laisse pas prise à cette subjectivité. En pratique, c'est pourtant cette dernière qui se constate majoritairement en raison de la supériorité numérique des PME-PMI, souvent familiales, sur les sociétés cotées.

La proposition faite de généraliser l'agrément répond à cette donnée factuelle, ainsi qu'au besoin propre à ces sociétés, de maîtriser et de sécuriser la composition de leur sociétariat. Cependant, de la sorte, le clivage entre les sociétés fermées et les sociétés ouvertes est accentué. C'est pourquoi, ce nouveau principe ne saurait être consacré sans une refonte du droit des sociétés fondée sur cette distinction. Le droit des sociétés ouvertes serait ainsi laissé à l'appréciation des marchés selon une conception purement financière de l'engagement sociétaire, tandis que le droit des sociétés fermées siégerait au sein du Code civil et du Code de commerce ; ces deux catégories partageant néanmoins un droit commun. L'élaboration de celui-ci n'est pas aussi insurmontable que ne le laisse supposer l'ampleur de cette entreprise. Contrairement aux idées reçues, la législation actuelle contient déjà la majeure partie de ses éléments : plutôt que d'une révolution, cette *summa divisio* serait davantage l'objet d'une réorganisation du droit positif²⁵⁴⁹.

- La première pierre de cette reconstruction consisterait ainsi à distinguer l'ordre externe de l'ordre interne de la société. Son ordre externe concernerait l'ensemble des règles relatives à la personnalité morale, son acquisition, mais aussi, ses rapports avec les tiers et les associés, spécialement son patrimoine²⁵⁵⁰. Les rapports de ces derniers entre eux constitueraient en revanche l'ordre interne.

²⁵⁴⁹ V. *supra* n° 183 et s.

²⁵⁵⁰ V. *supra* n° 185.

- La seconde pierre de son édification réhabiliterait alors le contrat de société et les principes fondamentaux découlant de sa qualification de contrat-organisation. Le principe de l'influence de l'*intuitu personae* sur les rapports entre associés, et l'application corrélatrice de l'agrément, siègeraient ainsi naturellement au sein de cette nouvelle section²⁵⁵¹. En outre, cette réhabilitation du contrat de société, tel qu'il était défini en 1804, obligerait à reconsidérer la fonction de la loi sociétaire. Celle-ci énonce certes autoritairement ce qui relève ou non de son ordre public mais, dans le contexte d'un renouveau contractuel, elle devrait aussi davantage prendre conscience de sa fonction de modèle pour les statuts, à l'instar de ce qui existe déjà en droit anglo-saxon par exemple²⁵⁵². Cette remarque souligne que le pouvoir du législateur en la matière ne peut être omnipotent, sous peine de porter atteinte à la liberté inhérente à la substance et à l'exercice des droits subjectifs conférés par ce contrat.

657. Les frontières de la légitimité de l'action du législateur en droit des sociétés. Au-delà de la consécration de normes inhérentes au contrat de société, l'analyse du régime de l'agrément a montré que l'action du législateur n'était légitime que si elle visait à restaurer un équilibre en présence d'une divergence d'intérêts entre le groupement, incarné par la société et ses associés, ou avec les tiers²⁵⁵³. En effet, il a été remarqué que, afin d'asseoir une politique ou l'impérativité d'une norme, l'intervention législative portait souvent atteinte soit à la substance des droits sociaux²⁵⁵⁴ ou à la liberté attachée à leurs modalités d'exercice²⁵⁵⁵, soit à des concepts juridiques plus généraux²⁵⁵⁶. Or, en dépit d'un objectif plus ou moins rempli, ces actions sont non seulement sources d'incohérence au sein du système juridique, mais aussi et surtout, sources d'insécurité.

De la sorte, la mission du législateur en droit des sociétés apparaît mieux définie : par l'énoncé de règles de droit générales et abstraites, celui-ci doit s'affirmer comme le gardien de l'ordre public sociétaire, dont la fonction est de relayer le contrat lorsqu'il n'est plus à même de maintenir l'équilibre entre les différents intérêts en cause. Corrélativement, les statuts doivent scrupuleusement respecter l'impérativité ainsi savamment édictée, sous peine de porter atteinte à l'intérêt protégé par la règle transgressée.

²⁵⁵¹ *Idem.*

²⁵⁵² V. *supra* n° 182.

²⁵⁵³ V. par exemple la genèse de la création de l'obligation de rachat consécutive au refus d'agrément, v. *supra* n° 466 et s.

²⁵⁵⁴ V. *supra* n° 520 et s.

²⁵⁵⁵ V. *supra* n° 440.

²⁵⁵⁶ V. *supra* n° 633, et plus généralement, pour un résumé de ces critiques, v. *supra* n° 649.

658. Au-delà des propositions concrètement formulées, s’il fallait résumer en une idée la démarche de simplification usitée, elle serait celle d’une recherche renouvelée du fondement de chaque règle et de son adéquation avec son environnement, tant juridique que social. Cette démarche n’est pas novatrice, elle fut jadis mise en évidence par Montesquieu lors de sa recherche « De l’esprit des lois », lequel réside « [...] dans les rapports que les lois peuvent avoir avec diverses choses »²⁵⁵⁷.

²⁵⁵⁷ MONTESQUIEU, *De l’esprit des lois*, éd. Flammarion, coll. Le Monde de la Philosophie, 2008, p. 68.

ANNEXE

I. LES DISPOSITIONS LEGISLATIVES PROPOSÉES.

DANS LE CODE CIVIL

- **Le principe de l'influence de l'intuitu personae sur le contrat de société et son corollaire, l'agrément obligatoire.**

« La considération de la personne des associés influe sur la formation et le fonctionnement des sociétés non-autorisées par la loi à procéder à une offre au public de titres financiers, y compris celles dont les titres sont négociables.

L'agrément est obligatoirement requis lors du transfert des droits sociaux, ou de prérogatives sociétaires donnant un droit d'intervention lors des assemblées, à moins que la loi des sociétés n'autorise les statuts à y déroger.

Il s'applique également en cas de souscription de droits sociaux ou de la revendication de la qualité d'associé par le conjoint commun en biens. »

- **Le principe de la continuation de la société en dépit du décès d'un associé, et l'autorisation des clauses de continuation.**

« La société n'est pas dissoute par le décès d'un associé, sous réserve de la stipulation d'une clause statutaire contraire.

Les statuts peuvent aussi stipuler que la société continuera avec les personnes qu'elle aura préalablement désignées. »

- **Le principe de la licéité des conventions de croupier.**

« L'acquisition de droits sociaux par prête-nom ne constitue pas une cause de nullité de la convention, à moins qu'il ne soit démontré l'intention des parties de contourner la procédure d'agrément. »

- **L'élargissement du domaine de l'article 1832-2 aux actions et aux valeurs mobilières :**

« Un époux ne peut, sous la sanction prévue à l'article 1427, employer des biens communs pour faire un apport à une société ou acquérir des droits sociaux [~~des parts sociales non négociables~~] sans que son conjoint en ait été averti et sans qu'il en soit justifié dans l'acte.

La qualité d'associé est reconnue à celui des époux qui fait l'apport ou réalise l'acquisition.

La qualité d'associé est également reconnue, pour la moitié des droits sociaux souscrits ou acquis [~~des parts souscrites ou acquises~~], au conjoint [ou au partenaire pacsé dont les biens acquis

sont présumés indivis], qui a notifié à la société son intention d'être personnellement associé. Lorsqu'il notifie son intention lors de l'apport ou de l'acquisition, l'acceptation ou l'agrément des associés vaut pour les deux époux. Si cette notification est postérieure à l'apport ou à l'acquisition, les clauses d'agrément prévues à cet effet par les statuts sont opposables au conjoint ; lors de la délibération sur l'agrément, l'époux associé ne participe pas au vote et ses droits sociaux [parts] ne sont pas pris en compte pour le calcul du quorum et de la majorité.

Les dispositions du présent article [ne] sont applicables [~~que dans les sociétés dont les parts ne sont pas négociables et seulement~~] jusqu'à la dissolution de la communauté. »

Pour la société civile.

C. civ., art. 1861 et s. Abrogés et remplacés par :

« Les statuts peuvent déroger à l'agrément institué par le droit commun des sociétés si les opérations juridiques réalisées par un associé le sont au profit de ses coassociés, ou de personnes lui étant liées filialement, matrimonialement, successoralement ou par une convention de PACS. »

DANS LE CODE DE COMMERCE

- Pour les sociétés de droit commun :

Pour la SNC.

C. com., art. L. 221-13 et s. Abrogés et remplacés par :

« Les statuts ne peuvent déroger à l'agrément institué par le droit commun des sociétés. »

Pour la société en commandite simple.

C. com., art. L. 222-8. Abrogé et remplacé par :

« Les statuts peuvent déroger à l'agrément institué par le droit commun des sociétés, si les opérations juridiques réalisées par un associé commanditaire le sont au profit de ses coassociés. »

Pour la SARL.

C. com., art. L. 223-13 et s. Abrogés et remplacés par :

« Les statuts peuvent déroger à l'agrément institué par le droit commun des sociétés si les opérations juridiques réalisées par un associé le sont au profit de ses coassociés, ou de personnes lui étant liées filialement, matrimonialement, successoralement ou par une convention de PACS. »

Pour les sociétés par actions.

C. com., art. L. 228-23 et s. Abrogés et remplacés par :

« Les statuts peuvent déroger à l'agrément institué par le droit commun des sociétés. »

Pour la société par actions simplifiée.

C. com., art. L. 227-14. Abrogé.

Pour la société européenne.

C. com., art. L. 229-11. Abrogé.

- **Pour les sociétés de droit spécial :**

« Les statuts peuvent déroger à l'agrément institué par le droit commun des sociétés si les opérations juridiques réalisées par un associé le sont au profit de ses coassociés. »

II. LES DISPOSITIONS RÉGLEMENTAIRES PROPOSÉES.

- **ARTICLE 1. LA CLAUSE DE DISPENSE D'AGRÉMENT**

« Lorsque la loi l'autorise, les statuts peuvent stipuler une dispense d'agrément, dont le vote en cours de vie sociale nécessite de réunir les conditions requises pour modifier les statuts. »

- **ARTICLE 2. LA NOTIFICATION DE LA DEMANDE D'AGRÉMENT.**

« La notification de la demande d'agrément est l'acte à compter duquel commence à courir le délai procédural accordé à la société pour statuer. La notification doit respecter les formalités suivantes :

- Elle doit être signifiée préalablement à l'opération projetée, par un acte extrajudiciaire ou par une lettre recommandée avec une demande d'accusé de réception, à la diligence du cédant. Le cas échéant, le cessionnaire peut le suppléer.

- Elle est adressée à la société, à l'exclusion de toute autre personne, à charge pour les dirigeants d'en informer les associés. En l'absence de personnalité morale, elle est adressée à chaque associé.

- Elle contient les mentions précisant la nature de l'opération juridique projetée ou celle ouvrant droit à cette demande, le nombre de droits sociaux ou de prérogatives sociétaires, transférés ou souscrits, leur prix, déterminé ou déterminable le cas échéant. Elle précise également l'identité du demandeur de l'agrément. S'il est une personne physique, ses noms, prénoms, et adresse. S'il est une personne morale, sa forme sociale, sa dénomination, et son siège social.

- Dans un délai de huit jours à compter de la notification, les dirigeants doivent convoquer l'assemblée générale, ou l'organe social auquel est délégué son pouvoir d'agréer. »

- **ARTICLE 3. LA DÉCISION SOCIALE.**

« Tout organe social peut statuer sur une demande d'agrément. En l'absence de précision statutaire, la compétence de principe appartient à l'assemblée générale extraordinaire, dont le vote nécessite de respecter les modalités requises pour modifier les statuts. Si elle a délégué sa compétence, son délégué a l'obligation de l'informer, avant de refuser l'agrément, des conséquences de ce choix. Lorsque la société est spécialement réglementée, les associés votants doivent exercer leur profession en son sein.

L'agrément ou son refus est un acte unilatéral de volonté discrétionnaire, pur et simple. Il peut être donné par avance, mais doit avoir pour objet une personne au moins déterminable, et la totalité des droits sociaux concernés.

Cette décision est notifiée par un acte extrajudiciaire ou par une lettre recommandée avec une demande d'avis de réception, avant l'expiration d'un délai de trois mois à compter de la réception de la demande d'agrément.

À défaut de notification, l'agrément est réputé acquis à son demandeur, sauf en présence d'une SNC ou d'une société en commandite pour les parts des commandités. L'associé cédant de ces sociétés peut néanmoins faire valoir en justice son droit de retrait. »

- **ARTICLE 4. LES SUITES DU REFUS D'AGRÉMENT.**

« Si la société a refusé l'agrément, elle est tenue d'acquiescer la totalité des droits sociaux de l'associé cédant ou d'indemniser ses ayants droit de leur valeur, dans un délai de trois mois à compter de la notification de son refus, selon l'alternative suivante :

1°. Soit un ou plusieurs associés expriment leur volonté d'acquiescer, ils sont alors réputés acquiescers à proportion du nombre de droits sociaux qu'ils détenaient antérieurement, sauf clause ou convention contraire. Si aucun associé ne se porte acquiescer, la société peut faire acquiescer ces droits sociaux par un tiers préalablement agréé.

2°. Soit la société procède, avec le consentement de l'associé cédant, au rachat de ses droits sociaux en vue de leur annulation. En présence d'actions ou de valeurs mobilières, celles-ci ne peuvent être auto-détenues par la société plus de six mois.

Le délai de trois mois peut être prolongé par une décision de justice, dès la notification du refus d'agrément, sans que cette prolongation ne puisse excéder six mois.

Pendant ce délai, par un acte extrajudiciaire ou par une lettre recommandée avec une demande d'avis de réception, sont notifiés à l'associé cédant ou à ses ayants droit : l'alternative choisie parmi celles décrites, le nom du ou des acquiescers proposés, le prix proposé, ainsi que les éventuelles prolongations judiciaires de délai dont la société bénéficie. À défaut, l'agrément est réputé acquis à son demandeur, sauf en présence d'une SNC ou d'une société en commandite pour les parts des commandités. L'associé cédant de ces sociétés peut néanmoins faire valoir en justice son droit de retrait.

Pour les autres types sociétaires, l'obligation de rachat de la société n'est éteinte qu'à la condition du maintien de l'engagement du cessionnaire après l'expiration du délai.

Lorsqu'une proposition lui est adressée, le cédant doit y répondre avant l'expiration du délai. Le cas échéant, il ne bénéficiera pas de l'agrément tacite de son cessionnaire.

Il peut aussi renoncer au bénéfice du rachat de ses droits sociaux et conserver la qualité d'associé. Cette renonciation doit être notifiée à la société par un acte extrajudiciaire ou une lettre recommandée avec une demande d'avis de réception. Cette faculté ne peut toutefois être exercée après un recours formulé sur le fondement de l'article 1843-4 du Code civil.

En cas de désaccord sur le prix, celui-ci est fixé conformément aux dispositions de l'article 1843-4 du Code civil. Les frais d'expertise sont partagés entre la société et le cédant. L'associé cédant peut toutefois exprimer, avant la désignation de l'expert, des réserves sur la portée de sa décision. En cas d'exercice de ces réserves, il est réputé avoir renoncé à quitter la société.

Un délai de paiement qui ne saurait excéder deux ans peut, sur justification, être accordé à la société par une décision de justice. Les sommes portent intérêt au taux légal en matière commerciale. »

- ARTICLE 5. LA PROCÉDURE D'AGRÉMENT EN PRÉSENCE D'UN NANTISSEMENT DES DROITS SOCIAUX

« En présence d'un projet de nantissement, la notification doit être réalisée un mois avant la date de la réalisation de la vente forcée.

L'accord donné au projet de nantissement emporte agrément du cessionnaire en cas de réalisation forcée des droits sociaux, à moins que la société ne décide de racheter les droits sociaux, selon l'alternative propre au refus d'agrément. L'absence d'exécution de cette faculté dans un délai de cinq jours francs à compter de la vente emporte l'agrément de l'acquéreur.

L'offre d'acquiescer peut être faite à un prix différent que celui issu de l'adjudication. À défaut d'accord, celui-ci est fixé conformément aux dispositions de l'article 1843-4 du Code civil.»

- ARTICLE 6. LA PROCÉDURE D'AGRÉMENT À LA SUITE DU DÉCÈS D'UN ASSOCIÉ OU DE LA DISSOLUTION D'UNE SOCIÉTÉ-ASSOCIÉE.

« En présence d'une indivision successorale, chaque indivisaire doit notifier individuellement sa demande d'agrément.

La qualité d'associé n'est acquise au demandeur que sous la condition suspensive de l'agrément de la société.

La majorité et le quorum nécessaire au vote se calcule en fonction du nombre des associés survivants.

Lorsqu'une opération de restructuration, à laquelle un associé était partie, a été réalisée sans notification préalable d'une demande d'agrément ; la demande ultérieure est inopposable à la société. Le dispositif du rachat applicable en cas de succession est néanmoins transposable.

Les ayants droit qui ne deviennent pas associés ne peuvent prétendre qu'à la valeur des droits sociaux de leur auteur, fixée conformément à l'article 1843-4 du Code civil, au jour du décès de l'associé, ou au jour de sa dissolution s'il est une personne morale. À charge de soulte s'il

y a lieu, cette valeur doit leur être payée par la société ou par les nouveaux titulaires des droits sociaux. »

- **ARTICLE 7. LES SANCTIONS**

« L'opération juridique réalisée sans notification préalable d'une demande d'agrément est inopposable à la société. L'acquisition de droits sociaux par prête-nom ne constitue pas une cause de nullité de la convention, à moins qu'il ne soit démontré l'intention des parties de contourner la procédure d'agrément.

Toute clause contraire aux articles précédents est réputée non écrite.

La délibération sociale prise en violation des dispositions impératives susvisées, ainsi que des aménagements conventionnels réalisés sur leur fondement, est nulle. La nullité de la délibération accordant l'agrément emporte celle de la convention formée consécutivement. Cette action en nullité s'exerce sur le fondement des articles 1844-10 et suivants du Code civil. »

III. LES DISPOSITIONS RÉGLEMENTAIRES SUPPRIMÉES.

C. com., art. R. 210-4, al. 2, 2°. Abrogé.

SOMMAIRE DE LA BIBLIOGRAPHIE

I – Traités, ouvrages généraux, cours.

II. – Ouvrages spéciaux, cours et monographies.

III. – Ouvrages étrangers.

IV. – Ouvrages philosophiques, psychologiques et sociologiques.

V. – Thèses et mémoires.

VI. – Encyclopédies.

VII. – Articles, chroniques et rapports.

VIII. – Notes de jurisprudence.

IX – Arrêts et jugements.

X.– Dictionnaires juridiques et généraux.

XI – Rapports, dossiers, propositions de loi et avis.

XII – Journal officiel.

XIII – Articles de presse.

BIBLIOGRAPHIE

I – Traités, ouvrages généraux, cours.

Droit civil.

Avant le Code civil

DOMAT (J.), (par M. CARRÉ), *Œuvres complètes de J. Domat*, t. 2, Paris, Kleffer, 1^{ère} éd. In-octavo, réédition, 1822.

POTHIER (R.-J.), *Œuvres de Pothier - Traité du contrat de société*, Paris, Letellier, réédition, 1807.

XIX^{ème} siècle

AUBRY (Ch.) et RAU (Ch.), *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. 6, éd. Marchal et Billard, 4^{ème} éd., 1873.

AUBRY (Ch.) et RAU (Ch.), par RAU (G.) et FALCIMAIGNE (Ch.), *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. 2, éd. Marchal et Billard, 5^{ème} éd., 1897.

FENET (P. A.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 12, éd. Imprimerie Marchand Dubreuil, 1827.

FENET (P. A.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 14, éd. Videcoq, 1856.

TOULLIER (C. B. M.), *Le droit civil français suivant l'ordre du Code, Du contrat de mariage et des droits respectifs des époux*, t. 14, Bruxelles, éd. Aug. Wahlen, 1826, 5^{ème} éd., p. 75.

TROPLONG (R.-Th.), *Le droit civil expliqué suivant les articles du Code, Du contrat de société civile et commerciale*, t. 2, Charles Hingray, Libraire éditeur, 1843.

XX^{ème} siècle

AUBRY (C.) et RAU (C.), par BARTIN (E.), *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. 4, Imprimerie et librairie générale juridique, 6^{ème} éd., 1935.

AUBRY (C.) et RAU (C.), par ESMEIN (P.), *Cours de droit civil français*, t. 9, éd. Librairies techniques, 6^{ème} éd., 1953.

BEUDANT (R.), LEREBOURS-PIGEONNIÈRE (P.), par VOIRIN (P.), *Cours de droit civil français, Les biens*, t. 4, Arthur Rousseau, 2^{ème} éd., 1938.

BONNECASE (J.), *Supplément au Traité théorique et pratique de Baudry-Lacantinerie*, t. 4, Sirey, 1928.

BRETHER de la GRESSAYE (J.), LABORDE-LACOSTE (M.), *Introduction générale à l'étude du droit*, Sirey, 1947.

CARBONNIER (J.), *Droit civil, 1. Introduction. Les Personnes*, t. 1, P.U.F., coll. Thémis, 1^{ère} éd., 1974.

CARBONNIER (J.), *Droit civil, Les obligations*, t. 4, P.U.F., coll. Thémis, 12^{ème} éd., 1985.

COLIN (A.) et CAPITANT (H.), *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, Dalloz, 6^{ème} éd., 1931.

COLIN (A.) et CAPITANT (H.), par JULLIOT de la MORANDIÈRE (L.), *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 1, Dalloz, 13^{ème} éd., 1953.

CORNU (G.), *Les régimes matrimoniaux*, P.U.F., coll. Thémis, 1^{ère} éd., 1974.

DEMOGUE (R.), *Traité des obligations en général, Sources des obligations*, t. 1, Arthur Rousseau, 1921.

DEMOGUE (R.), *Traité des obligations en général, Sources des obligations (suite)*, t. 2, Arthur Rousseau, 1923.

GÉNY (F.), *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif : essai critique*, t. 1, L.G.D.J., 2^{ème} éd., 1919.

GHESTIN (J.), *Traité de droit civil, La formation du contrat*, L.G.D.J., 3^{ème} éd., 1993.

GHESTIN (J.), avec le concours de JAMIN (Ch.) et BILLIAU (M.), *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, L.G.D.J., 2^{ème} éd., 1994.

JOSSERAND (L.), *Cours de droit civil positif français*, t. 2, Sirey, 1^{ère} éd., 1930.

MARTY (G.) et RAYNAUD (P.), *Les obligations, Les sources*, t. 1, Sirey, 2^{ème} éd., 1988.

PLANIOU (M.), *Traité élémentaire de droit civil*, t. 1, L.G.D.J., 3^{ème} éd., 1904.

PLANIOU (M.), *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, L.G.D.J., 5^{ème} éd., 1909.

PLANIOU (M.), RIPERT (G.), avec le concours de ESMEIN (P.), *Traité pratique de droit civil français, Les obligations*, t. 6, L.G.D.J., 1^{ère} éd., 1930.

XXI^{ème} siècle

ANDREU (L.), THOMASSIN (N.), *Cours de droit des obligations*, Gualino, 2^{ème} éd., 2017.

AUBERT (J.-L.), *Le contrat, Droit des obligations*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 3^{ème} éd., 2007.

BERGEL (J.-L.), BRUSCHI (M), CIMAMONTI (S.), *Traité de droit des biens*, in *Traité de droit civil sous la direction de Jacques Ghestin*, L.G.D.J., coll. Traité, 2^{ème} éd., 2010.

CABRILLAC (R.), *Droit des régimes matrimoniaux*, Montchrestien, 7^{ème} éd., 2011.

CARBONNIER (J.), *Droit civil, Introduction. Les Personnes*, t. 1, P.U.F., coll. Thémis, 27^{ème} éd. refondue, 2002.

CARBONNIER (J.), *Droit civil, Les biens, Les obligations*, t. 2, P.U.F., coll. Quadridge, éd. refondue, 2004.

CARBONNIER (J.), *Droit civil, Les obligations*, t. 4, P.U.F., coll. Thémis, 22^{ème} éd. refondue, 2000.

FABRE-MAGNAN (M.), *Droit des obligations, Contrat et engagement unilatéral*, t. 1, P.U.F., coll. Thémis, 4^{ème} éd., 2016.

FAGES (B.), *Droit des obligations*, LGDJ, 6^{ème} éd., 2016.

FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *Les obligations, L'acte juridique*, t. 1, Armand Colin, Coll. Université Droit civil, 9^{ème} éd., 2000.

FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *Droit civil, Les obligations, 1. L'acte juridique*, Dalloz, coll. Sirey Université, 16^{ème} éd., 2014.

FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *Droit civil, Les obligations, t. 3. Le rapport d'obligation*, Dalloz, coll. Sirey Université, 12^{ème} éd., 2009.

LARROUMET (Ch.), BROS (S.), *Droit civil, Les obligations, Le contrat*, t. 3, Économica, 8^{ème} éd., 2016.

MALAUZIE (Ph.), AYNÈS (L.), *Droit des obligations*, Defrénois, coll. Droit civil, 8^{ème} éd., 2016.

MALAUZIE (Ph.), AYNÈS (L.), *Introduction au droit*, Defrénois, coll. Droit civil, 4^{ème} éd., 2012.

MALAUZIE (Ph.), *Les successions, Les libéralités*, Defrénois, coll. Droit civil, 3^{ème} éd., 2012.

MAZEAUD (H.), (L.), et (J.), par CHABAS (F.), *Leçons de droit civil, Introduction à l'étude du droit*, t. 1, Montchrestien, 12^{ème} éd., 2000.

SÉRIAUX (A.), *Manuel de droit des successions et des libéralités*, P.U.F., coll. Droit fondamental, 2005.

SIMLER (Ph.), *Cautionnement et garanties autonomes*, Litec, 3^{ème} éd., 2000.

TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. Précis, 11^{ème} éd., 2013.

TERRÉ (F.), LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les successions, Les libéralités*, Dalloz, coll. Précis, 3^{ème} éd., 1997.

TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), *Droit civil, Les régimes matrimoniaux*, Dalloz, coll. Précis, 7^{ème} éd., 2015.

TERRÉ (F.), FENOUILLET (D.), *Droit civil, Les personnes, la famille, les incapacités*, Dalloz, coll. Précis, 6^{ème} éd., 1996.

ZENATI-CASTAING (F.), REVET (Th.), *Manuel de droit des personnes*, P.U.F., coll. Droit fondamental, 2006.

Droit des affaires.

XIX^{ème} siècle

LOCRÉ (J. G.), *Esprit du Code de commerce*, Imprimerie de Dourlet, 1812.

LYON-CAEN (Ch.) et RENAULT (L.), *Traité de droit commercial*, t. 2, Paris, F. Pichon, 1892.

MOLINIER (J. V.), *Traité de droit commercial, ou Explication méthodique des dispositions du Code de commerce, précédé d'une introduction historique*, éd. Joubert, 1846.

PONT (P.), *Traité des sociétés civiles et commerciales*, t. 2, Paris, Delamotte fils et Cie, 2^{ème} éd., 1880.

THALLER (E.), *Traité élémentaire de droit commercial*, Paris, Arthur Rousseau, 1898.

TROPLONG (M.), *Du contrat de société civile et commerciale*, t. 1 et 2, éd. Charles Hingray, 1843.

XX^{ème} siècle

COPPER-ROYER et fils, *Traité des sociétés, Historique de la notion de société*, t. 1, Sirey, 1938.

COPPER-ROYER et fils, *Traité des sociétés, Principes généraux et de leur application à la matière des sociétés*, t. 2, Sirey, 1939.

COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (Fl.), *Droit des sociétés*, Litec, coll. Manuel, 12^{ème} éd., 1999.

DIDIER (P.), *Droit commercial, L'entreprise en société*, t. 2, P.U.F., coll. Thémis, 2^{ème} éd., 1997.

DIDIER (P.), *Droit commercial, L'entreprise en société*, t. 2, P.U.F., coll. Thémis, 3^{ème} éd., 1999.

De JUGLART (M.) et IPPOLITO (B.), *Les sociétés commerciales, Cours de droit commercial*, Montchrestien, 10^{ème} éd., 1999.

ESCARRA (J.), ESCARRA (E.), RAULT (J.), *Traité théorique et pratique de droit commercial, Les sociétés commerciales, Sociétés par actions*, t. 3, Sirey, 1955, p. 302, n° 1227.

HAMEL (J.), LAGARDE (G.), JAUFFRET (A.), *Traité de droit commercial*, t. 1, vol. 2, éd. Lagarde, 2^{ème} éd., 1980.

HÉMARD (J.), TERRÉ (F.), MABILAT (P.), *Sociétés commerciales*, t. 1, Dalloz, 1972.

HÉMARD (J.), TERRÉ (F.), MABILAT (P.), *Sociétés commerciales*, t. 3, Dalloz, 1978.

HOUPIN (C.), BOSVIEUX (H.), *Traité général, théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations (avec formules)*, t. 1, Sirey, 1935.

JEANTIN (M.), *Droit des sociétés*, Montchrestien, 3^{ème} éd., 1994.

LYON-CAEN (Ch.) et RENAULT (L.), *Manuel de droit commercial*, L.G.D.J., 8^{ème} éd., 1906.

PERCEROU (R.), *Cours de droit comparé*, Rennes, Licence 4^{ème} année, 1966.

RIPERT (G.), *Traité élémentaire de droit commercial*, L.G.D.J., 1^{ère} éd. 1947.

RIPERT (G.), ROBLOT (R.), *Traité élémentaire de droit commercial, Les sociétés commerciales, Commentaire de la loi du 24 juillet 1966*, t. 1, L.G.D.J., 6^{ème} éd., 1968.

RODIÈRE (R.) et OPPETT (B.), *Droit commercial, Groupements commerciaux*, Dalloz, coll. Précis, 9^{ème} éd., 1977.

SAVATIER (R.) et (J.), *Droit des affaires*, Sirey, 2^{ème} éd., 1967.

THALLER (E.), par PIC (P.), *Traité élémentaire de droit commercial*, t. 1, Rousseau éditeur, 1908.

THALLER (E.), par PERCEROU (J.), *Traité élémentaire de droit commercial*, Rousseau éditeur, 8^{ème} éd., 1938.

XXI^{ème} siècle

COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (Fl.), *Droit des sociétés*, Litec, coll. Manuel, 23^{ème} éd., 2010.

COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (Fl.), *Droit des sociétés*, Litec, coll. Manuel, 29^{ème} éd., 2016.

DIDIER (P.), DIDIER (Ph.), *Les sociétés commerciales*, t. 2, Économica, coll. Corpus Droit privé, 2011.

GERMAIN (M.), avec le concours de MAGNIER (V.), *Traité de droit commercial de G. Ripert et R. Roblot, Les sociétés commerciales*, t. 1, vol. 2, L.G.D.J., coll. Traité, 21^{ème} éd., 2014.

GUYON (Y.), *Droit des affaires, Droit commercial général et Sociétés*, t. 1, Économica, 12^{ème} éd., 2003.

GUYON (Y.), *Traité des contrats, Les sociétés. Aménagements statutaires et conventions entre associés*, L.G.D.J., 5^{ème} éd., 2002.

LE CANNU (P.), *Droit des sociétés*, Montchrestien, 2^{ème} éd., 2003.

LE CANNU (P.), DONDERO (B.), *Droit des sociétés*, Montchrestien, 6^{ème} éd., 2015.

MAGNIER (V.), *Droit des sociétés*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2017.

MERLE (Ph.), avec la collaboration de FAUCHON (A.), *Droit commercial, Sociétés commerciales*, Dalloz, coll. Précis, 20^{ème} éd., 2017.

MOULIN (J.-M.), *Droit des sociétés et des groupes*, Gualino, 2013.

Histoire du droit.

DIDIER – PAILHE (E.), (par Ch. TARTARI), *Cours élémentaire de droit romain*, Paris, Larose, 2^{ème} éd., 1881.

GAZZANIGA (J.-L.), *Introduction historique au droit des obligations*, P.U.F., coll. Droit fondamental, 1992.

GIRARD (P.-F.), *Manuel élémentaire de droit romain*, réédition présentée par J.-P. Lévy, Dalloz, 8^{ème} éd., 2003.

HILAIRE (J.), *Introduction historique au droit commercial*, P.U.F., coll. Droit fondamental, 1986.

MONNIER (R.), *Manuel élémentaire de droit romain, Les obligations*, t. 2, Domat Montchrestien, 4^{ème} éd., 1948.

PETIT (E.), *Traité élémentaire de droit romain*, Paris, Arthur Rousseau, 4^{ème} éd., 1903.

SZRAMKIEWICZ (R.), *Histoire du droit des affaires*, Montchrestien, 1989.

Philosophie et théorie du droit.

BERGEL (J.-L.), *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, Coll. Méthodes du droit, 4^{ème} éd., 2003.

GÉNY (F.), *Science et technique en droit privé positif, Elaboration technique du droit positif*, t. 1 et 3, Sirey, 1921.

PORTALIS (J.-É.-M.), *Discours préliminaire au premier projet de Code civil*, Éd. Confluences, 1999.

ROUBIER (P.), *Théorie générale du droit*, Dalloz, 1951, reprint 2005.

SÉRIAUX (A.), *Le droit naturel*, P.U.F., coll. Que sais-je ?, 2^{ème} éd., 1999.

II. – Ouvrages spéciaux, cours et monographies.

Droit civil.

BÉNABOU (V.), (sous la direction de), *La confiance en droit privé des contrats (actes du colloque organisé le 22 juin 2007)*, Dalloz, 2008.

BIOY (X.), (sous la direction de), *La personnalité morale*, L.G.D.J., éd. Presses de l'Université de Toulouse I Capitole, 2013.

CARBONNIER (J.), *Variations sur les petits contrats, Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 9^{ème} éd., 1998.

De VAREILLES – SOMMIERES (G.), *Les personnes morales*, éd. Pichon, 1902

DEMOGUE (R.), *Les notions fondamentales du droit privé, Essai critique*, Arthur Rousseau, 1911.

FOYER (J.), *La personnalité morale et ses limites*, Travaux et recherches de l'institut de droit comparé de l'université de Paris, 1960.

GHESTIN (J.), *Cause de l'engagement et validité du contrat*, L.G.D.J., 2006.

JOSSERAND (L.), *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, Paris, Dalloz, 1928.

MALAURIE (Ph.), *La cession de contrat*, Cours de doctorat, Paris II, 1976.

RAYNAUD (P.), *Les contrats ayant pour objet une obligation*, Cours de D.E.A., Paris II, 1978-1979.

RIPERT (G.), *Les forces créatrices du droit*, Paris, éd. L.G.D.J., 2^{ème} éd., 1955.

Droit des affaires.

AZARIAN (H.), *La société par actions simplifiée*, préf. A. Viandier, Litec, 4^{ème} éd., 2016.

BERTREL (J.-P.), JEANTIN (M.), *Acquisitions et fusions des sociétés commerciales*, Litec, 2^{ème} éd., 1991.

BÉZARD (P.), *La société anonyme*, Montchrestien, 1986.

BOUCOURECHLIEV (J.), (sous la direction de), *Propositions pour une société fermée européenne, Étude du Centre de recherche sur le droit des affaires de la Chambre de commerce de Paris, C.R.E.D.A.*, 1997.

CHAMPAUD (Cl.), DANET (D.), *Les stratégies judiciaires de l'entreprise*, Dalloz, 2006.

CHAMPAUD (Cl.), (sous la direction de), *Manifeste pour la doctrine de l'entreprise. Sortir de la crise du financialisme*, préf. de H. Bouthinon-Dumas et A. Masson, éd. Larcier, coll. Droit, Management et Stratégies, 2011.

CHARVÉRIAT (A.), COURET (A.), ZABALA (B.), avec le concours de MERCADAL (B.), *Mémento pratique, Sociétés commerciales*, éd. Francis Lefebvre, 2012.

COLLARD (C.), ROQUILLY (Ch.), *La performance juridique : pour une vision stratégique du droit dans l'entreprise*, L.G.D.J., 2010.

DANET (D.), LIGER (A.), (sous la responsabilité scientifique de), *Entreprises patrimoniales et familiales*, Revue Juridique de l'Ouest, numéro spécial, 2009.

GERMAIN (M.), PÉRIN (P.-L.), *SAS*, Joly éditions, 5^{ème} éd., 2013.

GUYON (Y.), *Traité des contrats, Les sociétés. Aménagements statutaires et conventions entre associés*, L.G.D.J., 5^{ème} éd., 2002.

- HAMEL (J.), *Banques et opérations de banque. Histoire, le commerce de banque en France et à l'étranger, le compte en banque, le compte courant, le chèque*, t. 1, Rousseau et Cie, 1933.
- HAMIAUT (M.), *La réforme des sociétés commerciales*, vol. 1, 2, 3, Dalloz, 1966.
- MASSON (A.), (sous la direction de), *Les stratégies juridiques de l'entreprise*, Bruxelles, éd. Larcier, coll. Droit, Management et Stratégies, 2009.
- MESTRE (J.), VELARDOCCHIO (D.), *Lamy sociétés commerciales*, Lamy, 2011.
- MOUSSERON (P.), *Les conventions de garantie dans les cessions de droits sociaux*, préf. M. Germain, Nouvelles éditions fiduciaires, 2^{ème} éd., 1997.
- MORTIER (R.), *Opérations sur capital social*, 2^{ème} éd., LexisNexis, 2015.
- PRIEUR (J.), (sous la direction de), *Seuils légaux et dimension de l'entreprise*, C.R.E.D.A., Litec, 1990.
- RIPERT (G.), *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, L.G.D.J., 2^{ème} éd., 1951.
- SAVATIER (R.), *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui, Troisième série, Approfondissement d'un droit renouvelé*, Dalloz, 1959.
- SCHMIDT (D.), *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme, version nouvelle*, Joly éd., 2004.
- TANDEAU de MARSAC (V.), *Guide pratique des entreprises familiales, Manuel opérationnel, juridique et fiscal*, Eyrolles, 2011.

Histoire du droit.

- CAILLEMER (E.), *Études sur les antiquités juridiques d'Athènes. Dixième étude. Le contrat de société à Athènes*, Paris, éd. A. Durand, E. Thorin, 1872.
- FOURCART (P.), *Des associations religieuses chez les grecs. Thiasos, Éranes, Orgéons*, Paris, éd. Chez Klincksieck, 1873.
- FRIGNET (E.), *Histoire de l'association commerciale*, Guillaumin Paris, 1868.
- LEFEBVRE-TEILLARD (A.), *La société anonyme au XIX^{ème} : du Code de commerce à la loi de 1867, histoire d'un instrument juridique du développement capitaliste*, P.U.F., 1985.
- LÉVY-BRUHL (H.), *Histoire juridique des sociétés de commerce en France aux XVII^{ème} et XVIII^{ème} siècles*, Domat-Montchrestien, 1938.
- NAVEZ (J.-E.), (sous la direction de), *La simplification du droit des sociétés privées dans les États membres de l'Union européenne*, L.G.D.J. – Bruylant, 2014.
- SZLECHTER (E.), *Le contrat de société en Babylonie, en Grèce et à Rome, Étude de Droit comparé de l'antiquité*, préf. G. Boyer, Paris, Sirey, 1947.
- VILLERS (R.), *Histoire des faits économiques - Le développement des valeurs mobilières du milieu du XVIII^e siècle à 1914*, Les Cours de Droit, Paris, 1955-56.

III. – Ouvrages étrangers.

- ANDENAS (M.), WOOLDRIDGE (F.), *European Comparative Company Law*, Cambridge University Press, 2009.
- CAPRASSE (O.), *Le statut des actionnaires (SA, SPRL, SC) – Questions spéciales*, Larcier, Bruxelles, 2006.
- HILMAN (R. A.), *The Richness of Contract Law, An Analysis and Critique of Contemporary Theories of Contract Law*, Kluwer Academic Publishers, Berlin, 1997.

HUGUES (E.), *Sociology of religion*, The Philosophical Library, New-York, 1959.

LAURIN (B.), *La GmbH – Le cadre juridique d'un investissement en Allemagne*, éd. Fritz Knapp Verlag, Frankfurt, 3^{ème} éd., 2011.

McCAHERY (J. A.), TIMMERMAN (L.), VERMEULEN (E. P.-M.), *Private Company Law Reform, International and European Perspectives*, éd. T. M. C. Asser Press, The Hague, 2009.

McNEIL R. (I.), *The many futures of contract*, *Southern California Law Review* 1974, vol. 47.

IV. – Ouvrages économiques, philosophiques, psychologiques et sociologiques.

ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque (traduction, notes et bibliographie par R. Bodéüs)*, éd. Flammarion, coll. Le Monde de la Philosophie, 2008.

De COSTER (M.), avec la collaboration de BAWIN-LEGROS (B.), *Introduction à la sociologie*, éd. De Boeck, 4^{ème} éd., 1996.

GIRARD (A.), *Le choix du conjoint – Une enquête psycho-sociologique en France*, P.U.F., 2^{ème} éd., 1974.

LE BOT (J.-M.), *Le lien social et la personne – Pour une sociologie clinique*, éd. Presses Universitaires de Rennes, 2010.

MOSCOVICI (S.), (sous la direction de), *Psychologie sociale des relations à autrui*, éd. Nathan Université, coll. « Psychologie », 2000.

MARC (E.), *L'interaction sociale*, Paris, P.U.F., coll. « Le psychologue », 1989.

MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, éd. Flammarion, coll. Le Monde de la Philosophie, 2008.

MOSER (G.), *Les relations interpersonnelles*, P.U.F., coll. « Le psychologue », 1994.

NORBERT (E.), *Qu'est-ce que la sociologie ?*, éd. Pocket, 2003.

NISBET (R. A.), *La tradition sociologique*, P.U.F., coll. Quadrige, Grands textes, 4^{ème} éd., 2005.

PINÇON (M.), PINÇON – CHARLOT (M.), *Les ghettos du gotha – Comment la bourgeoisie défend ses espaces*, Éditions du Seuil, 2007.

SIMMEL (G.), *Sociologie - Études sur les formes de socialisation*, P.U.F., coll. Quadrige, Grands textes, 1^{ère} éd., 2010.

WEBER (M.), *Économie et société*, éd. Plon, 1971, p. 44.

WEBER (M.), *L'éthique protestante et l'esprit du capitalisme*, Plon, 1994.

VERNIMMEN (P.), par QUIRY (P.) et LE FUR (Y.), *Finance d'entreprise*, Dalloz, 15^{ème} éd., 2017.

V. – Thèses et mémoires.

A

ALLAIN (F.), *Les actions de préférence dans les groupes de sociétés*, préf. A. Constantin, L.G.D.J., P.U.A.M., 2014.

ANCEL (M. E.), *La prestation caractéristique du contrat*, préf. L. Aynès, Économica, coll. Recherches Juridiques, t. 2, 2002.

ARNAUD (A.-J.), *Les origines doctrinales du Code civil français*, préf. M. Villey, L.G.D.J., 1969.

AYNÈS (L.), *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, préf. Ph. Malaurie, Économica, 1984.

B

BARTHEZ (A.-N.), *La transmission universelle des obligations*, thèse Paris I, 2000.

BARUCHEL (N.), *La personnalité morale en droit privé. Eléments pour une théorie*, préf. B. Petit, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, t. 410, 2004.

BECQUART (J.F.), *Les mots à sens multiple en droit civil français*, préf. R. Cassin, P.U.F., 1928.

BERTRAND (C.), *L'agrément en droit public*, préf. J. Moreau, avant-propos M.-A. Latournerie, L.G.D.J., Presses Universitaires de la Faculté de Droit – Université d'Auvergne, 1999.

BLAISE (H.), *L'apport en société*, thèse Rennes, 1953.

BLONDEL (P.), *La transmission à cause de mort des droits extra-patrimoniaux et des droits patrimoniaux à caractère personnel*, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, t. 95, 1969.

BOISMAIN (C.), *Les contrats relationnels*, préf. M. Fabre-Magnan, P.U.A.M., coll. Institut de Droit des Affaires, 2005.

BOIZARD (M.), *La distinction de la société cotée et de la société non cotée comme summa divisio du droit des sociétés*, Paris II, 1998.

BONNET (D.), *Cause et condition dans les actes juridiques*, préf. P. Vareilles-Sommières, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, t. 449, 2005.

BUCHBERGER (M.), *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé*, préf. M. Germain, éd. Panthéon-Assas, coll. Thèses, 2011.

C

CABRILLAC (R.), *L'acte juridique conjonctif en droit privé français*, préf. P. Catala, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, t. 213, 1990.

CAFFIN-MOI (M.), *Cession de droits sociaux et droit des contrats*, préf. D. Bureau, Économica, coll. Recherches juridiques, t. 21, 2009.

CAMERLYNCK (G.), *De l'intuitus personae dans la SA*, thèse Paris, 1929.

CARBONNIER (J.), *Le régime matrimonial, sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association*, Imprimerie de l'Université Y. Cadoret, 1932.

CAUSSE (H.), *Les titres négociables*, préf. B. Teyssié, Litec, 1993.

CHAMPAUD (Cl.), *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, préf. Y. Loussouarn, Sirey, coll. Bibliothèque de droit commercial, 1969.

CHÉNEDÉ (F.), *Les commutations en droit privé, Contribution à la théorie générale des obligations*, préf. A. Ghozi, Économica, coll. Recherches juridiques, t. 17, 2008.

CHIREZ (A.), *De la confiance en droit contractuel*, thèse Nice, 1977.

COHEN (D.), *Arbitrage et société*, préf. B. Oppetit, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, t. 229, 1993.

CONVERT (L.), *L'impératif et le supplétif en droit des sociétés – Étude de droit comparé Angleterre, Espagne, France*, préf. B. Saintourens, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, t. 374, 2003.

CONTAMINE – RAYNAUD (M.), *L'intuitus personae dans les contrats*, thèse Paris II, 1974.

CONTIN (R.), *Le contrôle de la gestion des sociétés anonymes*, préf. R. Percerou, avant-propos Cl. Champaud, Litec, Coll. Bibliothèque de droit de l'entreprise, 1975.

COQUELET (M.-L.), *La transmission universelle du patrimoine en droit des sociétés*, thèse Paris X, 1994.

COULOMBEL (P.), *Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé*, thèse Nancy, 1949.

COUPET (C.), *L'attribution du droit de vote dans les sociétés*, préf. H. Synvet, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, t. 561, 2015.

COURET (A.), *Le droit préférentiel de souscription de l'actionnaire*, thèse Toulouse 1, 1978.

COUTURIER (G.), *De la confirmation des actes nuls*, préf. J. Flour, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, t. 121, 1972.

CUISINIER (V.), *L'affectio societatis*, préf. A. Martin-Serf, LexisNexis, Coll. Bibliothèque de droit de l'entreprise, 2008.

D

DANA-DEMARET (S.), *Le capital social*, préf. Y. Réinhard, Litec, Coll. Bibliothèque de droit de l'entreprise, t. 23, 1989.

DAUCHY (P.), *Essai d'application de la méthode structurale à l'étude du contrat*, thèse Paris II, 1979.

DE MUNAGORRI (R. E.), *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, préf. A. Lyon-Caen, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, t. 254, 1997.

DELMAS-SAINT-HILAIRE (Ph.), *Le tiers à l'acte juridique*, préf. J. Hauser, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, t. 333, 2000.

DENIZOT (A.), *L'universalité de fait*, thèse Paris I, 2007.

DESGORCES (R.), *La bonne foi dans le droit des contrats : rôle actuel et perspectives*, thèse Paris II, 1992.

DESPAX (M.), *L'entreprise et le Droit*, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, t. 1, 1957.

DONDERO (B.), *Les groupements dépourvus de personnalité juridique en droit privé. Contribution à la théorie de la personnalité morale*, préf. H. Le Nabasque, t. 1 et 2, P.U.A.M., 2006.

DUBOIS-De LUZY (A.), *L'interposition de personne*, préf. B. Ancel, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, t. 519, 2010.

DUPEYRON (C.), *La régularisation des actes nuls*, préf. P. Hébraud, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, t. 123, 1972.

E

ESCHMANN (A.), *La constitution des sociétés et le droit commun des contrats*, thèse Nancy II, 1979.

F

FABRE-MAGNAN (M.), *De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie*, préf. J. Ghestin, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, t. 221, 1992.

FAGES (B.), *Le comportement du contractant*, préf. J. Mestre, éd. P.U.A.M., 1997.

FORTSAKIS (F.), *Conceptualisme et empirisme en droit administratif français*, éd. L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, t. 152, 1987.

FRANÇOIS (B.), *L'appel public à l'épargne, critère de distinction des sociétés de capitaux*, thèse Paris II, 2003.

G

GAILLARD (E.), *La société anonyme de demain : la théorie institutionnelle et le fonctionnement de la société anonyme*, Sirey, 1934.

GAILLARD (E.), *Le pouvoir en droit privé*, préf. G. Cornu, Économica, coll. Droit civil, 1985.

GARY (R.), *Les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit*, thèse Bordeaux, 1931.

GAUDEMET (S.), *La clause réputée non écrite*, préf. Y. Lequette, Économica, coll. Recherches juridiques, t. 13, 2006.

GHOZI (A.), *La modification de l'obligation par la volonté des parties, Étude de droit civil français*, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, t. 166, 1980.

GOUNOT (E.), *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme*, thèse Dijon, 1912.

GRANOTIER (J.), *Le transfert de propriété des valeurs mobilières*, préf. D. Cohen, Économica, coll. Recherches juridiques, t. 23, 2010.

GROSCLAUDE (L.), *Le renouvellement des sanctions en droit des sociétés*, thèse Paris I, 1997.

H

HAMELIN (J.-F.), *Le contrat-alliance*, préf. N. Molfessis, Économica, coll. Recherches juridiques, t. 30, 2012.

HAUSER (J.), *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique (contribution à la théorie générale de l'acte juridique)*, préf. P. Raynaud, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, t. 117, 1971.

I

JARROSSON (Ch.), *La notion d'arbitrage*, préf. B. Oppetit, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, 1987.

JEANDEL (P.), *L'intuitus personae dans les sociétés commerciales*, thèse Nancy, 1932.

JEULAND (E.), *Essai sur la substitution de personnes dans un rapport d'obligation*, thèse Rennes 1, 1996.

K

KADDOUCH (R.), *Le droit de vote de l'associé*, thèse Aix-Marseille 3, 2001.

KOSTIC (G.), *L'intuitus personae dans les contrats de droit privé*, thèse Paris V, 1997.

KRAJESKI (D.), *L'intuitus personae dans les contrats*, Imprimerie La Mouette, Coll. de thèses, 2001.

L

LACROIX - DE SOUSA (S.), *La cession de droits sociaux à la lumière de la cession de contrat*, préf. M.-E. Ancel, avant-propos L. Aynès, L.G.D.J., Fondation Varenne « Collection des Thèses », t. 37, 2010.

LAPP (Ch.), *Essai sur la cession de contrat synallagmatique à titre particulier*, préf. de J. Radouant, Strasbourg, 1950.

LARROUMET (Ch.), *Les opérations juridiques à trois personnes*, thèse Bordeaux, 1968.

LE TOURNEAU (Ph.), *La règle Nemo auditur*, préf. P. Raynaud, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, t. 108, 1970.

LEDOUX (P.), *Le droit de vote des actionnaires*, préf. Ph. Merle, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, t. 342, 2002

LEQUETTE (S.), *Le contrat-coopération, Contribution à la théorie générale du contrat*, préf. Cl. Brenner, Économica, coll. Recherches juridiques, t. 28, 2012.

LUCAS (F.-X.), *Les transferts temporaires de valeurs mobilières, Pour une fiducie des valeurs mobilières*, préf. L. Lorvellec, L.G.D.J., 1997, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 283, 1997.

LUCAS-PUGET (A.-S.), *Essai sur la notion d'objet du contrat*, préf. M. Fabre-Magnan, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, t. 441, 2005.

M

MARTIN de la MOUTTE (J.), *L'acte juridique unilatéral. Essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, préf. P. Raynaud, Sirey, 1951.

MATHEY (N.), *Recherche sur la personnalité morale en droit privé*, thèse Paris II, 2001.

MORNARD (P.), *Des sociétés en commandite par actions*, thèse Paris, 1880.

MORTIER (R.), *Le rachat par la société de ses droits sociaux*, préf. J.-J. Daigre, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 27, 2003.

MOTULSKY (H.), *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé, La théorie des éléments générateurs de droits subjectifs*, préf. P. Roubier, éd. Dalloz, 1948, réédition Coll. Bibliothèque Dalloz, avant-propos M.-A. Frison-Roche, 2002.

MOULIÈRE (F.), *Essai sur les fondements réels du droit des sociétés*, thèse Rennes 1, 2009.

N

NAJJAR (I.), *Le droit d'option. Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, préf. P. Raynaud, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, t. 85, 1967.

NÉRET (J.), *Le sous contrat*, préf. P. Catala, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, t. 163, 1979.

NIZARD (F.), *Les titres négociables*, préf. H. Synvet, Économica, 2003.

NYASSOGBO (T.), *Intuitu personae et opérations de capital*, Thèse Rennes 1, 2016.

O

OPPETIT (B.), *Les rapports des personnes morales et de leurs membres*, thèse Paris, 1963.

OVERSTAKE (J.-F.), *Essai de classification des contrats spéciaux*, préf. J. Brèthe de la Gressaye, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, t. 91, 1969.

P

PACLOT (Y.), *Recherches sur l'interprétation juridique*, thèse Paris II, 1988.

PAILLUSSEAU (J.), *La société anonyme, Technique d'organisation juridique de l'entreprise*, Sirey, coll. Bibliothèque de droit commercial, 1967.

PASTRE-BOYER (A.-L.), *L'acte juridique collectif en droit français, (Contribution à la classification des actes juridiques)*, préf. R. Cabrillac, P.U.A.M., 2006.

PERCEROU (A.), *Lois actuelles et projets récents en matière de sociétés par actions*, thèse Paris, 1932.

PERCEROU (R.), *La personne morale de droit privé, patrimoine d'affectation*, thèse Paris, 1951.

PÉRÈS-DOURDOU (C.), *La règle supplétive*, préf. G. Viney, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, t. 421, 2004.

PEGLOW (K.), *Le contrat de société en droit allemand et en droit français comparés*, préf. de J.-B. Blaise, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, 2003.

PRIETO (C.), *La société contractante*, préf. J. Mestre, P.U.A.M., 1994.

PRIETRANCOSTA (A.), *Le droit des sociétés sous l'effet des impératifs financiers et boursiers*, thèse Paris I, 2000.

Q

QUIEVY (J.-F.), *Anthropologie juridique de la personne morale*, préf. D. R. Martin, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, t. 510, 2009.

R

RAFFRAY (J.-G.), *Les substitutions de contractants au cours de l'exécution du contrat*, thèse Montpellier, 1977.

REIGNE (Ph.), *La notion de cause efficiente du contrat en droit privé français*, thèse Paris II, 1993.

ROCHFELD (J.), *Cause et type de contrat*, préf. J. Ghestin, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, t. 311, 1999.

ROUAST (A.), *Essai sur la notion juridique de contrat collectif dans le droit des obligations*, éd. Arthur Rousseau, 1909.

ROUJOU de BOUBÉE (G.), *Essai sur l'acte juridique collectif*, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, t. 27, 1961.

S

SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *Le droit de préemption*, préf. P. Raynaud, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, t. 164, 1979.

SAINTOURENS (B.), *Essai sur la méthode législative ; droit commun et droit spécial*, thèse Bordeaux, 1986.

SAVAUX (E.), *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, préf. de Jean-Luc Aubert, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, t. 264, 1997.

SAUGET (I.), *Le droit de retrait de l'associé*, thèse Paris X – Nanterre, 1991.

SCHILLER (S.), *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés. Les connexions radicales*, préf. F. Terré, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, t. 378, 2002.

SCHMIDT (D.), *Les droits de la minorité dans la société anonymes*, préf. J.-M. Bischoff, Sirey, 1969.

SCHRYVE (L.), *L'ordre public et le droit des sociétés*, thèse Lille 2, 2009.

SIKORA (J.), *L'exclusion des membres des groupements de droit privé*, thèse Strasbourg, 2007.

SOUMRANI (P.), *Le portage d'actions*, préf. B. Oppetit, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, t. 260, 1998.

STOFFEL-MUNCK (Ph.), *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, préf. R. Bout, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, t. 337, 2000.

T

TADROS (A.), *La jouissance des titres sociaux d'autrui*, préf. Th. Revet, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, vol. 130, 2013.

TAMBOISE (A.), *La stabilité du contrôle dans les sociétés par actions*, thèse Paris, 1929.

TEMPLE (H.), *Les sociétés de fait*, préf. M. Calais-Auloy, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, t. 141, 1975.

TERRÉ (F.), *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, t. 2, 1957.

THULLIER (B.), *L'autorisation en droit privé*, préf. A. Bénabent, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, t. 252, 1996.

TORTELLIER (N.), *La simplification du droit des sociétés à l'aune du cas Hongkongais*, L'Harmattan, 2017.

V

VALLEUR (F.), *L'intuitus personae dans les contrats*, thèse Paris, 1938.

VEIGA (G.), *L'agrément*, thèse Toulouse, 2002.

VIAL-PEDROLETTI (B.), *L'interposition de personnes dans les sociétés commerciales*, thèse Aix-en-Provence, 1986.

VIANDIER (A.), *La notion d'associé*, préf. F. Terré, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, t. 156, 1978.

VIDAL (J.), *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*, préf. G. Marty, Dalloz, 1957, p. 208.

VILAR (Ch.), *La cession de contrat en droit français*, thèse Montpellier, 1968.

W

WAREMBOURG-AUQUE (F.), *La succession aux biens d'une personne morale de droit privé – contribution à l'étude de la personnalité morale*, thèse Lille II, 1977.

WEILL (A.), *Le principe de la relativité des conventions*, Dalloz, 1939.

WICKER (G.), *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, préf. J. Amiel-Domat, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, t. 253, 1997.

VI. – Encyclopédies.

ALBIGES (Ch.), v. « *Indivision (Généralités)* », in *Rép. Civ. Dalloz*, 2011.

BASTIAN (D.), *J. Cl. sociétés*, 1951, fasc. 1, v. « *Histoire du droit des sociétés du droit romain à la révolution* ».

BOUGNOUX (A.), *J. Cl. Sociétés Traité*, fasc. 59-20, v. « *Sociétés en nom collectif. – parts sociales – cession entre vifs* », 2008.

BRENNER (Cl.), v. « *Acte juridique* », in *Rép. Civ. Dalloz*, 2013.

COULOMBEL (P.), v. « *Personnalité morale* », in *Rép. civ. Dalloz*, 1953.

DERRUPPÉ (J.), *J. Cl. Sociétés Traité*, fasc. 47-10, v. « *Sociétés en participation. – Notions générales* », 2007.

DIDIER (P.), SAINT-ALARY (B.), v. « *Société* », in *Rép. Soc. Dalloz*, 1985.

DOHL (D.), v. « *Valeurs mobilières* », in *Rép. Soc. Dalloz*, 2005.

DONNIER (J.-B.), *J.-Cl. Civil Code*, Art. 815 à 815-18, fasc. 10, v. « *Successions. – Indivision. – Notions générales* », 2008.

GIBIRILA (D.), v. « *Nom collectif (société en)* », in *Rép. Soc. Dalloz*, 2012.

GOFFAUX-CALLEBAUT (G.), v. « *Apport* », in *Rép. Soc. Dalloz*, 2011.

- GUYON (Y.), *J. Cl. Sociétés Traité*, Fasc. 97-B, « *Clauses d'agrément et de préemption dans les sociétés anonymes* », 1980.
- HOUTCIEFF (D.), v. « Renonciation », in *Rép. Civ. Dalloz*, 2012, *spéc.* n° 13.
- JEULAND (E.), v. « *Cession de contrat* », in *Rép. Civ. Dalloz*, 2010.
- LE TOURNEAU (Ph.), KRAJESKI (D.), *J. Cl. Contrats-Distribution*, fasc. 200, v. « *Contrat intuitu personae* ».
- MONNET (J.), *J. Cl. Civil Code*, Art. 1400 à 1403, fasc. 10, v. « *Communauté légale. – Actif commun. – Généralités* », 2011.
- MORTIER (R.), *J. Cl. Sociétés Traité*, fasc. 1658, v. « *Rachat d'actions ou de parts sociales* », 2014.
- MORTIER (R.), MORTIER (A.), *J. Cl. Sociétés Traité*, fasc. 1798, v. « *Location d'actions ou de parts sociales* », 2007.
- PICOD (Y.), « *Nullités* », in *Rép. Soc. Dalloz*, 2005.
- SAINTOURENS (B.), v. « *Société civile* », in *Rép. Soc. Dalloz*, 2012.
- WICKER (G.), v. « *Personne morale* », in *Rép. Civ. Dalloz*, 1998.

VII. – Articles, chroniques et rapports.

A.

- ALLEGAERT (V.), « De la propriété des valeurs mobilières », *Bull. Joly Sociétés* 2005, p. 340.
- ANCEL (P.), « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999, p. 771.
- ANDRÉ (M.-E.), « *L'intuitus personae* dans les contrats entre professionnels », in *Mélanges en l'honneur de Michel Cabrilac*, éd. Litec, 1999, p. 2.
- ANSAULT (J.-J.), « Les clauses statutaires d'exclusion à l'aune de la liberté contractuelle », *Journ. Sociétés* 2012, n° 104, p. 28.
- AUBRY (M.-C.), « Retour sur la caducité en matière contractuelle », *RTD civ.* 2012, p. 625.
- AYNÈS (L.), « Cession de contrat : nouvelles précisions sur le rôle du cédé », *D.* 1998, p. 25.
- AYNÈS (L.), « Motivation et justification », *RDC* 2004, p. 555.
- AZOULAI (M.), « L'élimination de *l'intuitus personae* dans le contrat », in *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, ouvrage collectif sous la direction de Paul Durand, Paris, L.G.D.J., 1960, p. 1.

B.

- BAILLOD (R.), « Le droit de repentir », *RTD civ.* 1984, p. 227.
- BALAT (N.), « Réforme du droit des contrats : et les conflits entre droit commun et droit spécial ? », *D.* 2015, p. 699.
- BARANGER (G.), « De la simplification du droit », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Paul Le Cannu*, Dalloz, 2014, p. 1.
- BARBIER (H.), « L'emprise du régime contractuel sur la société : ses ressources et limites », *Dr. Sociétés* 2017, n° 2, dossier n° 3.
- BARBIÈRI (J.-F.), « Imperium de l'expert de l'article 1843-4 versus consensualisme », *Bull. Joly Sociétés* 2013, p. 101.
- BARDY (F.), « Les restrictions statutaires à la libre cessibilité des actions », *Gaz. Pal.* 1967, p. 65.
- BARRET (O.), « À propos de la transmission universelle de patrimoine d'une société ; perspectives du droit économique », in *Dialogues avec Michel Jeantin, Perspectives du droit économique*, Dalloz, 1999, p. 109.

- BARDOUL (J.), « Les clauses d'agrément et les cessions d'actions entre actionnaires », *D.* 1973, chron. p. 137.
- BASTIAN (D.), « La situation des sociétés commerciales avant leur immatriculation au registre du commerce », in *Études de droit commercial offertes à la mémoire de Henri Cabrillac*, Librairies techniques, 1968, p. 23.
- BATIFFOL (H.), « La “ crise du contrat “ et sa portée », in *Sur les notions de contrat*, *APD* 1968, t. 13, p. 13.
- BERGEL (J. - L.), « Différence de nature = différence de régime », *RTD civ.* 1984, p. 255.
- BERGEL (J.—L.), « Le mythe de la simplification du droit – approche méthodologique », in *La simplification du droit, Recherches à la confluence de la légistique et de la pratique*, sous la direction scientifique de BERT (D.), CHAGNY (M.), CONSTANTIN (A.), Institut Universitaire Varenne, Coll. Colloques et Essais, 2015, p. 21.
- BERTREL (J.-P.), « Le débat sur la nature de la société », in *Droit et vie des affaires*, Études à la mémoire d'Alain Sayag, Litec, 1997, p. 131.
- BERTREL (J.-P.), « Fusions-acquisitions : une clause d'agrément est-elle applicable en cas de fusion ou scission ? », *Dr. et patrimoine* avril 2003, n° 114.
- BERTREL (J.-P.), « Fusions-acquisitions et clause d'agrément : du nouveau en jurisprudence », *Dr. et patrimoine* octobre 2003, n° 119.
- BÉZARD (P.-Y.), « Les fusions à l'épreuve de l'intuitus personae », *RTD com.* 2007, p. 279.
- BORGA (N.), « L'application dans le temps du nouvel article 1843-4 du Code civil », *D.* 2014, p. 2359.
- BORHAUSER-MITRANI (L.), « La violation d'une clause statutaire », *LPA* 1998, p. 11.
- BOUCOURECHLIEV (J.), « Expérience et propositions : France », in *Propositions pour une société fermée européenne*, in *Étude du Centre de recherche sur le droit des affaires de la Chambre de commerce de Paris*, C.R.E.D.A., 1997, p. 153.
- BOUCOURECHLIEV (J.), avec la collaboration de HUET (N.), « De natura SARL », in *Études à la mémoire d'Alain Sayag*, Litec, 1997, p. 177.
- BOULOC (B.), « L'objectif de sécurité dans la loi du 24 juillet 1966 », *Rev. sociétés* 1996, p. 437.
- BOUTHINON-DUMAS (H.), MASSON (A.), « L'approche *Droit et Management* », *RTD com.* janvier/mars 2011, p. 233.
- BOURCART (G.), « De l'intuitus personae dans les sociétés », *J. sociétés* 1927, p. 513.
- BRÈTHE DE LA GRESSAYE (J.), « L'influence des idées du doyen Duguit sur le droit privé », *Revue juridique et économique du Sud-Ouest, Série juridique*, 1959, p. 205.
- BRODERICK (J. A.), « La notion d' " institution “ de Maurice Hauriou dans ses rapports avec le contrat en droit positif français », in *Sur les notions de contrat*, *APD* 1968, p. 143.
- BRUN (Ph.), « Le droit de revenir sur son engagement », *Dr. et patrimoine* 1998, p. 78.
- BUCHBERGER (M.), « L'ordre public sociétaire », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Germain*, LexisNexis – Lextenso, 2015, p. 181.
- BUREAU (D.) et MOLFESSIS (N.), « Le bicentenaire d'un fantôme », in *Le Code de commerce, 1807-2007, Livre du bicentenaire*, Dalloz, 2007, p. 61.
- BUREAU (D.), « L'altération des types sociétaires », in *Mélanges en l'honneur de Paul Didier*, *Économica*, 2008, p. 57.
- BUREAU (D.), « Nullités sans frontières ? À propos des articles L. 235-1 et s. du Code de commerce », in *Liber Amicorum Philippe Merle*, Dalloz, 2012, p. 78.

BUTSTRAEN (L.), « L'association : contrat ou institution ; contrat et institution », in *Le centenaire de la loi de 1901*, *Gaz. Pal.* 16-18 décembre 2001, p. 12.

C.

CACHIA (M.), « Le déclin de l'anonymat dans les sociétés anonymes », in *Études offertes à Pierre Kayser*, P.U.A.M., 1979, t. 1, p. 213.

CADIET (L.), « Arbitrer, Arbitror, Gloses et Post-Gloses sous l'article 1843-4 du Code civil », in *Aspects actuels du droit des affaires : mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p. 153, *spéc.* p. 163.

CAFFIN – MOI (M.), « La responsabilité pour faute de l'associé : une évolution à front renversé », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Germain*, LexisNexis – Lextenso, 2015, p. 201, *spéc.* n° 15.

CALAIS-AULOY (M.-Th.), « Du discours et des notions juridiques (notions fonctionnelles et conceptuelles) », *Les Petites affiches* 1999, n°157, p. 6.

CALVO (J.), « Les clauses d'*intuitus personae* dans les contrats commerciaux », *Les Petites affiches* 1996, p. 10.

CAMBASSEDES (M.-J.), « La nature et le régime juridique de l'opération d'apport », *Rev. sociétés* 1976, p. 431.

CANTIN – CUMYN (M.), « Les personnes morales dans le droit privé du Québec », *Les cahiers de droit* 1990, vol. 31, n° 4, p. 1021.

CAPORALE (F.), « Société et communauté entre époux », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Paul Le Cannu, Le droit des affaires à la confluence de la théorie et de la pratique*, Lextenso éditions, 2014, p. 667.

CARBONNIER (J.), « Les structures en droit privé », in *Sens et usage du terme structure dans les sciences humaines et sociales*, La Haye, éd. Mouton, 1962, p. 72.

CASALIS (A.) et JACOMET (Th.), « Location d'actions ou de parts sociales, La loi Jacob-Dutheil du 2 août 2005 », *Lefebvre, Thémexpreste*, 2006.

CATALA (P.), « L'indivision (Lois n° 76-1286 du 31 décembre 1976 et n° 78-627 du 10 juin 1978) », *Deffrénois* 1979, art. 31886.

CATALA (P.), « L'état du bien exploité sous forme sociale. Valorisme et personnalité morale », in *Famille et patrimoine*, P.U.F., coll. Doctrine juridique, 2000, p. 176.

CATALA (P.), « L'indivision entre époux », in *Famille et patrimoine*, P.U.F., coll. Doctrine juridique, 2000, p. 213.

CATALA (P.), « Variations autour de la communauté universelle », in *Famille et patrimoine*, P.U.F., coll. Doctrine juridique, 2000, p. 233.

CAUSSE (H.), « Principe, nature et logique de la *dématérialisation* », *JCP E* 1992, *chron.* p. 194.

CERBAN (A.), « Nature et domaine de la subrogation réelle », *RTD civ.* 1939, p. 51.

CHAMPAUD (Cl.), « L'entreprise personnelle à responsabilité limitée : rapport du groupe d'étude chargé d'étudier l'E.P.R.L dans le droit français », *RTD com.* 1979, p. 579.

CHAMPAUD (Cl.), « Le contrat de société existe-t-il encore ? », in *Le droit contemporain des contrats*, Travaux de la Faculté des Sciences juridiques de Rennes, *Économica*, 1987, p. 125.

CHAMPAUD (Cl.), « Sciences de gestion et conscience entrepreneuriale », in *Mélanges en l'honneur de Claude Champaud, Le Droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XX^{ème} siècle*, Dalloz, 1997, p. xiii.

CHAMPAUD (Cl.), « Des droits nés avec nous. Discours sur la méthode réaliste et structuraliste de connaissance du droit », in *Mélanges Gérard Farjat, Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ?*, Paris, éd. Frison – Roche, 1999, p. 69.

CHAMPAUD (Cl.), « Le droit français des sociétés à l'aube du XXI^{ème} siècle », *Rev. sociétés* 2000, p. 78.

- CHAMPAUD (Cl.), « Concept et statut des entreprises familiales – Le Fait et le Droit », in *Entreprises patrimoniales et familiales*, sous la responsabilité scientifique de DANET (D.) et LIGER (A.), Revue Juridique de l'Ouest, numéro spécial, 2009, p. 5.
- CHARON, « La transmission des parts sociales et le pacte sur succession future », *Gaz. Pal.* 1957, 2, doct. p. 19.
- CHARTIER (Y.), « La société dans le Code civil après la loi du 4 janvier 1978 », *JCP* 1978, 2917, note 124.
- CHARVÉRIAT (A.), « De quelques difficultés relatives à la nullité d'une décision sociale irrégulière », *Rev. sociétés* 2010, p. 212.
- CONAC (P.-H.), « La distinction des sociétés cotées et non cotées », *Rev. sociétés* 2005, p. 67.
- CONSTANTIN (A.), « Réflexions sur la validité des conventions de vote », in *Études en l'honneur de Jacques Ghestin*, L.G.D.J., 2001, p. 253.
- CONSTANTIN (A.), « L'intérêt social : quel intérêt ? », in *Études offertes à Barthélémy Mercadal*, éd. Francis Lefebvre, 2002, p. 315.
- CONSTANTIN (A.), « L'application des clauses d'agrément en cas de fusion ou scission : le poids des mots, le choc des principes », *Bull. Joly Sociétés* 2003, p. 742.
- CONSTANTIN (A.), « Commentaires des dispositions de l'ordonnance du 25 mars 2004 relatives au droit des sociétés », *Rev. Lamy Droit des affaires* 2004, n° 73.
- CONSTANTIN (A.), « Réforme de l'article 1843-4 du Code civil par l'ordonnance n° 2014-863 du 31 juillet 2014 : faut-il s'en réjouir ou s'en inquiéter ? », *RTD com.* 2014, p. 633.
- COURET (A.), « Le transfert temporaire du droit de vote : retour sur une question taboue », *Bull. Joly Sociétés* 2015, n° 3.
- COQUELET (M.-L.), « La loi du 24 juillet 1966 comme modèle d'un droit commun des groupements », in *Dialogues avec Michel Jeantin, Perspectives du droit économique*, Dalloz, 1999, p. 189.
- CORDONNIER (P.), « De la cessibilité entre associés des parts d'intérêt d'une société en nom collectif », *Journ. Sociétés* 1946, p. 5.
- CORDONNIER (P.), « Remarques sur la licéité des clauses restreignant la libre cessibilité des actions entre actionnaires », *Journ. sociétés* 1955, p. 193.
- COURET (A.) et PERRIER (C.), « Les effets d'une clause d'agrément érigée en condition suspensive », *Bull. Joly Sociétés* 1999, p. 318.
- COURET (A.), et *alii*, « Les contestations portant sur la valeur des droits sociaux », *Bull. Joly Sociétés* 2001, § 242, p. 1045.
- COURET (A.), « L'évolution récente de la jurisprudence rendue sur le fondement de l'article 1843-4 du Code civil », in *Les droits et le Droit, Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Dalloz, 2006, p. 249.
- COURET (A.), « Rapport de synthèse », in *Les conflits d'intérêts*, *RJ com.* hors série, 2006, p. 117, *spéc.* p. 118.
- COURET (A.) et REYGROBELLET (A.), « La disponibilité de l'article 1843-4 du Code civil », *D.* 2014, p. 2005.
- CORVEST (H.), « L'émergence de la dimension de l'entreprise en droit positif », *RTD com.* 1986, p. 201.
- CUIF (P.-F.), « Le conflit d'intérêts – essai sur la détermination d'un principe juridique en droit privé », *RTD com.* 2005, p. 1.

D.

- DAIGRE (J.-J.), « Le juge et l'arbitre face aux dispositions de l'article 1843-4 », *Bull. Joly Sociétés* 1996, p. 789.
- DAIGRE (J.-J.), « Le gouvernement d'entreprise : feu de paille ou mouvement de fond ? », *Droit et patrimoine*, juillet-août 1996, p. 23.
- DAIGRE (J.-J.) et *alii*, « Clause d'exclusion dans les sociétés anonymes non cotées », *Actes prat. ing. sociétaire* 1992, p. 5.

- DAIGRE (J.-J.), « Faut-il banaliser la société par actions simplifiée ? », *JCP E* 1999, Actualités, p. 977.
- DAUCHY (P.), « Une conception objective du lien d'obligation : les apports du structuralisme à la théorie du contrat », in *L'utile et le Juste*, *APD* 1981, t. 26, p. 269.
- De BERMOND DE VAULX (J.-M.), « Les parts sociales privilégiées », *JCP E* 1993, 294.
- De BEZIN (G.), « Exposé des théories allemandes sur l'acte complexe », *Recueil de l'Académie de Législation de Toulouse*, 1905, p. 289.
- De RAVEL d'ESCLAPON (Th.), « La validité des clauses de rachat dans les sociétés en nom collectif », *LPA* 2008, n° 224, p. 4.
- De SOLA CANIZARES (P.), « Le caractère institutionnel de la société de capitaux », *RIDC* 1953, p. 416.
- DAMMANN (R.), « La société privée européenne : un outil prometteur ? », in *Actualité et évolutions comparées du droit allemand et français des sociétés, sous la direction de Michel Menjuq et de Bertrand Fages*, Dalloz, 2010, p. 53.
- DANNENBERGER (F.), ROEMER (Fl.), « Parts sociales et obligations émises par les SARL », *Actes pratiques et ingénierie sociétaire*, juillet-août 2010, p. 4.
- DEBOISSY (Fl.), « Le contrat de société », in *Rapport français pour les journées brésiliennes organisées par l'association Henri Capitant sur le thème du contrat, 2005*, éd. Société de législation comparée, 2008, p. 119.
- DESQUEYRAT (A.), « L'institution, sa nature, ses espèces, les problèmes qu'elle pose », *Archives de Philosophie du Droit* 1936, p. 67.
- DERRUPÉ (J.), « Droit des sociétés et régimes matrimoniaux », *JCP* 1971, I, 2403.
- DERRUPÉ (J.), « Un trou législatif : le choix du successeur d'un associé décédé », in *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Dalloz, 1991, p. 73.
- DIDIER (P.), « Le consentement sans l'échange : le contrat de société », in *RJ com.*, numéro spécial novembre 1995, p. 74.
- DIDIER (P.), « Brèves notes sur le contrat-organisation », in *Mélanges en hommage à François Terré, L'avenir du Droit*, Dalloz, 1999, p. 635.
- DIDIER (P.), « La théorie contractualiste de la société », *Rev. sociétés* 2000, p. 95.
- DIDIER (P.), « Les biens négociables », in *Aspects actuels du droit des affaires : mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p. 327.
- DUBERTRET (M.), « *L'intuitus personae* dans les fusions », *Rev. sociétés* 2006, p. 721.
- DUCOULOUX-FAVARD (C.), « Nature juridique du contrat de société, un exemple d'écueil possible pour le comparatiste », *Rev. sociétés* 1966, p. 3.
- DONDERO (B.), « Les clauses d'agrément dans les sociétés par actions après la réforme », *LPA* 2005, n° 189, p. 44.
- DONDERO (B.), « Article 1843-4 du Code civil : clarifications suggérées », in *Mélanges en l'honneur de Daniel Tricot*, Dalloz 2011, p. 639.
- DONDERO (B.), « Le traitement juridique des conflits d'intérêts : entre droit commun et dispositifs spéciaux », *D.* 2012, p. 1686.
- DONDERO (B.), « L'ordonnance du 31 juillet 2014 relative au droit des sociétés », *D.* 2014, p. 1885.
- DONDERO (B.), « La réforme de l'article 1843-4 du Code civil », *JCP E* 2014, p. 1531.
- DONDERO (B.), « Exigence de l'unanimité dans la SAS : conflit de lois dans le temps en vue », *Gaz. Pal.* 2017, n° 12, p. 66.
- DONZEL – TABOUCOU (Ch.), « Les actions : une espèce, au sein du genre des droits personnels », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Paul Le Cannu, Le droit des affaires à la confluence de la théorie et de la pratique*, p. 269.
- DURAND (P.), « La notion juridique d'entreprise », in *Travaux de l'association Henri Capitant*, Dalloz, 1947, p. 47.

E.

EISENMANN (Ch.), « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et ces classifications en science juridique », in *La logique du droit*, *APD* 1966, t. XI, p. 35.

ESCARRA (J.), « Les restrictions conventionnelles de la transmissibilité des actions », *Annales de droit commercial* 1911, p. 425.

F.

FALAISE (M.), « La sanction de l'acte irrégulier (distinction entre nullité et opposabilité) », *LPA* 1997, p. 5.

FABRE-MAGNAN (M.), « L'obligation de motivation en droit des contrats », in *Études offertes à Jacques Ghestin*, L.G.D.J., 2001, p. 301.

FARJAT (G.), « Entre les personnes et les choses, les centres d'intérêts. Prolégomènes pour une recherche », *RTD civ.* 2002, p. 221.

FASQUELLE (D.), « Le nantissement des valeurs mobilières », *RTD com.* 1995, p. 1.

FAUGÉROLAS (L.), « Les moyens de défense face à une acquisition indirecte d'actions », *JCP E* 1995, 483.

FAVARIO (Th.), « Regards civilistes sur le contrat de société », *Rev. sociétés* 2008, p. 53.

FENOUILLET (D.), « Couple hors-mariage et contrat », in *La contractualisation de la famille*, sous la direction de D. Fenouillet et P. de Vareilles-Sommières, *Économica*, coll. Etudes juridiques, t. 14, 2001, p. 81.

FENOUILLET (D.), « La contractualisation de la famille », in *Contrat ou institution : un enjeu de société*, ouvrage coordonné par Brigitte Basdevant-Gaudemet, L.G.D.J., coll. Systèmes, 2004, p. 103.

FERRY (Cl.), « La mise en place d'un crédit-bail de titres de société », *JCP E* 2007, 1709.

FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), FLOUR (Y.), SAVAUX (E.), « La cession de contrat », *Defrénois* 15 juillet 2000, n° 13-14, p. 811.

FLOUR (Y.), « L'état d'actionnaire et les concours de droits réels. La qualité d'actionnaire et l'indivision », *Rev. sociétés* 1999, p.569.

FOYER (J.), « La réforme du titre IX du livre III du Code civil », *Rev. sociétés* 1978, p. 1.

FRISON - ROCHE (M.-A.), « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *RTD civ.* 1995, p. 573.

FRISON – ROCHE (M.-A.), « La distinction entre sociétés cotées et sociétés non cotées », in *Mélanges AEDBF-France*, Banque éditeur, 1997, p. 189.

G.

GAILLET (A.-M.), « Le nouveau droit des sociétés de capitaux en Italie », *JCP E* 2004, p. 200.

GALLOIS-COCHET (D.), « Cession de droits sociaux. L'obscurité clarté du régime de l'exclusion statutaire », *Dr. sociétés* 2014, n° 12, étude n° 23.

GAUDEMET (A.), « La portée des pactes de préférence ou de préemption sur des titres de société », *Rev. sociétés* 2011, p. 139.

GÉNICON (Th.), « La grammaire dans la réforme du droit des contrats », *Revue des contrats* 2016, n° 4, p. 751.

GÉNICON (Th.), « Défense et illustration de la cause en droit des contrats », *D.* 2015, p. 1551.

- GÉNICON (Th.), « Notions nouvelles et notions abandonnées, réflexion sur une révolution des mots », *Revue des contrats* 2015, n° 3, p. 625.
- GÉNICON (Th.), « “Résolution“ et “résiliation“ dans le projet d’ordonnance portant réforme du droit des contrats », *JCP G* 2015, n° 38, p. 1605.
- GÉNY (F.), « Les bases fondamentales du droit civil en face des théories de L. Duguit », *RTD civ.* 1922, p. 815.
- GERMAIN (M.), « La renonciation aux droits propres de l’associé : illustrations », in *Mélanges en hommage à François Terré, L’avenir du Droit*, Dalloz, 1999, p. 401.
- GERMAIN (M.), « Le contrat de société », in *Rapport général pour les journées brésiliennes organisées par l’association Henri Capitant sur le thème du contrat, 2005*, éd. Société de législation comparée, 2008, p. 25.
- GHESTIN (J.), « Le contrat », *Droits* 1990, p. 9.
- GHESTIN (J.), « L’échange des consentements. Introduction », in *RJ com.*, numéro spécial novembre 1995, p. 12.
- GHESTIN (J.), « La notion de contrat au regard de la diversité de ses éléments variable. Rapport de synthèse », in *La relativité du contrat, Travaux de l’association H. Capitant, Journée nationales, Nantes 1999*, L.G.D.J., p. 223.
- GODON (L.), « L’éclatement des formes sociales », *Rev. sociétés* 2017, p. 267.
- GOFFAUX-CALLEBAUT (G.), « La définition de l’intérêt social », *RTD civ.* 2004, p. 35.
- GOUBEAUX (G.), « Personnalité morale, droit des personnes et droit des biens », in *Etudes dédiées à René Roblot : aspects actuels de droit du droit commercial français*, L.G.D.J., 1984, p. 199.
- GRANOTIER (J.), « L’exclusion d’un associé : vers de nouveaux équilibres », *JCP G* 2012, p. 653.
- GRIMALDI (C.), « L’analyse structurale de la règle de droit au service du juge », *D.* 2007, chron. p. 1448.
- GROSCLAUDE (L.), « La location de droits sociaux : le coup d’épée dans l’eau de la loi du 2 août 2005 », *Revue Lamy Droit des affaires*, janvier 2006, n° 1, p. 10.
- GUYON (Y.), « Les dispositions générales de la loi du 4 janvier 1978 », *Rev. sociétés* 1979, p. 3.
- GUYON (Y.), « La fraternité dans le droit des sociétés », *Rev. sociétés* 1989, p. 439.
- GUYON (Y.), « Données juridiques : Essai d’une problématique de la société fermée », in *Propositions pour une société fermée européenne*, sous la direction de Jeanne Boucourechliev, *Étude du Centre de recherche sur le droit des affaires de la Chambre de commerce de Paris, C.R.E.D.A.*, 1997, p. 37.
- GUYON (Y.), « La société anonyme, une démocratie parfaite », in *Propos impertinents de droit des affaires : mélanges en l’honneur de Christian Gavalda*, Dalloz, 2001, p. 133.
- GUYON (Y.), « Liberté contractuelle et droit des sociétés », *RJ com.* 2003, p. 147.

H.

- HAMEL (J.), « L’*affectio societatis* », *RTD. civ.* 1925, p. 761.
- HAMEL (J.), « La personnalité morale et ses limites », *D.* 1949, chron. p. 141.
- HAMEL (J.), « Quelques réflexions sur le contrat de société », in *Mélanges en l’honneur de Jean Dabin*, 1963, p. 645.
- HAURIOU (M.), « L’institution et le droit statutaire », *Recueil de la législation de Toulouse*, 2^{ème} série, t. 11, 1906, p. 134.

HAURIOU (M.), « La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social », *Cahiers de la nouvelle journée*, n° 4, Librairie Bloud et Gay, 1925, p. 10.

HAUSER (J.), « Le PACS à l'épreuve du droit des contrats », in *Colloque du LERADP*, sous la direction de F. Dekeuwer-Défossez, L.G.D.J., 2002, p.51.

HÉLOT (S.), « La place de l'*intuitus personae* dans les sociétés de capitaux », *D.* 1991, chron. p. 143.

HERMITTE (M. A.), « Le rôle des concepts mous dans les techniques de déjuridicisation : l'exemple des droits intellectuels » in *APD*, T. XXX, 1985, p. 331.

HICKS (A.), « Expérience et propositions : Royaume-Uni », in *Propositions pour une société fermée européenne*, sous la direction de Jeanne Boucourechliev, *Étude du Centre de recherche sur le droit des affaires de la Chambre de commerce de Paris, C.R.E.D.A.*, 1997, p. 63.

HONORAT (J.), note sous Cass. com., 12 janvier 1993, Gustin et Bernard c/ Force 7, *Rev. sociétés* 1994, p. 55.

HOUIN (R.), GORÉ (F.), « La réforme des sociétés commerciales », *D.* 1967, chron. p. 123, n° 71.

HOUTCIEFF (D.), « Contribution à l'étude de l'*intuitus personae* – Remarques sur la considération de la personne du créancier par la caution », *RTD civ.* 2003, p. 3.

HOVASSE (H.), « Les obligations remboursables en actions », in *Droit et gestion : harmonie et dysharmonie, Mélanges en l'honneur de Roger Perceval*, Vuibert gestion, 1993, p. 105.

HOVASSE (H.), « La taxation des plus-values sur droits sociaux et la restructuration des entreprises », *JCP E* 2001, p. 363.

HOVASSE (H.), « Réforme des sociétés civiles professionnelles », *Dr. sociétés* n° 6, Juin 2011, comm. 108.

HOVASSE (H.), « Le droit de veto », *Dr. sociétés* 2014, n° 7, dossier 5.

L

JACOB (F.), « Le nantissement de parts sociales », *Dr. et patrimoine* juillet 2007, n° 161-7.

JACOMET (Th.), « La location d'actions et l'élargissement des prêts participatifs : deux innovations de la loi sur les PME », *Bull. Joly Sociétés* 2005, p. 1167, § 261.

JADAUD (B.), « Qui décide de l'agrément à la cession d'actions ? », *JCP E* 2001, p. 1946.

JASPAI (X.), METAIS (N.), « Les limites à la transmission universelle du patrimoine : les contrats conclus *intuitu personae* et les contraintes afférentes à certains biens », *Bull. Joly Sociétés* 1998, p. 447.

JEANTIN (M.), « La réforme du droit des sociétés par la loi du 4 janvier 1978 », *D.* 1978, p. 174.

JEANTIN (M.), « Clauses d'agrément et fusion de sociétés commerciales », *Dr. sociétés* 1988, p. 2.

JEANTIN (M.), « La transmission universelle du patrimoine d'une société », in *Les activités et les biens de l'entreprise, Mélanges offerts à Jean Derruppé*, Montchrestien, 1991, p. 287.

JEANTIN (M.), « Droit des obligations et droit des sociétés », in *Mélanges offerts à Laurent Boyer*, Presse de l'Université de sciences sociales de Toulouse, 1996, p. 317.

JEULAND (E.), « L'énigme du lien de droit », *RTD civ.* 2003, p. 455.

JOBERT (L.), « La notion d'augmentation des engagements des associés », *Bull. Joly Sociétés* 2004, p. 627.

JOSSERAND (L.), « Comment les textes de loi changent de valeur au gré des phénomènes économiques », in *Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Dalloz, 1939, p. 369.

K.

KADDOUCH (R.), « Le droit de vote attaché aux actions de préférence », *Dr. sociétés* 2005, p. 38.

KADDOUCH (R.), « L'irréductible droit de vote de l'associé », *JCP E* 2008, 1549.

KELSEN (H.), « La théorie juridique de la convention », in *APD* 1940, p. 33.

KULMANN (J.), « Remarques sur les clauses réputées non écrites », *D.* 1993, p. 59.

H.

HÉLOT (S.), « La place de l'*intuitus personae* dans les sociétés de capitaux », *D.* 1991, chron., p. 143.

HIRTE (H.), SCHALL (A.), « La société d'entrepreneur en droit allemand (« *Unternehmergeellschaft* ») », *Rev. sociétés* 2013, p. 198.

HICKS (A.), « Expérience et propositions : Royaume-Uni », in *Propositions pour une société fermée européenne*, sous la direction de Jeanne Boucourechliev, *Étude du Centre de recherche sur le droit des affaires de la Chambre de commerce de Paris, C.R.E.D.A.*, 1997, p. 63.

HOUIN (R.), « *De lege feranda* », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Dalloz, 1961, p. 273.

HOVASSE (H.), « PACS et portefeuille de valeurs mobilières », *Dr. sociétés* 2000, comm. 15.

HOVASSE (H.), DESLANDES (M.) GENTILHOMME (R.), « PACS et sociétés », *Actes prat. Ing. sociétaire*, janvier-février 2001, p. 6.

L.

LACROIX – De SOUSA (S.), « Le rayonnement de l'*affectio societatis* », *Rev. sociétés* 2016, p. 499.

LACHIÈZE (Ch.), « L'autonomie de la cession conventionnelle de contrat », *D.* 2000, p. 184.

LAFOND (J.), « La copropriété : contrat ou institution », *Administrer*, mars 1977, p. 2.

LAGARDE (P.-Y.), « Faut-il transformer les SARL en SAS ? », *Revue fiscale du patrimoine* 2013, p. 17.

LAMETHE (D.), « L'*intuitus personae* des sociétés anonymes », *Gaz. Pal.* 1979, p. 262.

LAPEYRE (C.), « La nature de la société depuis la loi sur les nouvelles régulations économiques », *Bull. Joly Sociétés* 2004, p. 21.

LARROUMET (Ch.), « La descente aux enfers de la cession de contrat », *D.* 2002, p. 1555.

LAURIN (B.), « La GmbH, un modèle de forme sociale », *JCP E* 2012, 1043.

LUCAS (F.-X.) et PORACCHIA (D.), « Le nouvel article 1843-4 du Code civil », *Bulletin Joly Sociétés* 2014, p. 474.

LE CANNU (P.), « L'absence de majorité », in *RJ com.*, numéro spécial novembre 1991, p. 96.

LE CANNU (P.), « Le règlement intérieur des sociétés », *Bull. Joly Sociétés* 1986, p. 723.

LE CANNU (P.), « Saisie-vente des droits d'associé et des valeurs mobilières non cotées (loi 9 juillet 1991 et décret du 31 juillet 1992) », *Bull. Joly Sociétés* 1992, p. 1275.

LE CANNU (P.), « Qu'est-ce qu'un actionnaire ? », *Rev. sociétés* 1999, p. 519.

LE CANNU (P.), « La SAS pour tous », *Bull. Joly Sociétés* 1999, § 198, p. 841.

LE CANNU (P.), « La canalisation des nullités subséquentes en droit des sociétés », in *Le juge et le droit de l'économie, Mélanges en l'honneur de Pierre Bézard*, L.G.D.J., 2002, p. 113.

LE CANNU (P.), « La location et le crédit-bail d'actions et de parts de SARL », *RTD com.* 2005, p. 770.

LE CANNU (P.), « La SAS dans la concurrence des formes de sociétés », *Bull. Joly Sociétés* 2008, p. 236.

LE CANNU (P.), « Monsieur de Saint-Janvier ou le dépouillement de l'article 1832 du Code civil », *Bull. Joly Sociétés* 2012, n° 9, p. 672.

LE CANNU (P.), « La SAS : un cadre minimal », *Rev. sociétés* 2014, p. 543.

LE FUR (A.-V.), « La rationalisation des sanctions, une exigence démocratique en faveur de leur efficacité », *D.* 2016, p. 1091.

LE FUR (A. - V.), « “Concilier l'inconciliable” : réflexion sur le droit de vote de l'actionnaire », *D.* 2008, p. 2015.

LE GALL (J.-P.), « Apport partiel d'actif et transmission universelle de patrimoine », in *Dialogues avec Michel Jeantin, Prospectives du droit économique*, Dalloz, 1999, p. 259.

LE NABASQUE (H.), « La force obligatoire du rapport d'expertise dans la procédure d'agrément », *Dr. sociétés* 1992, chron. p. 1.

LE NABASQUE (H.), DUNAUD (P.), ELSEN (P.), « Les clauses de sortie dans les pactes d'actionnaires », *Actes prat. ing. sociétaire* 1992, dossier n° 5, p. 9.

LE NABASQUE (H.), « Agrément de cessions d'actions et exclusion d'actionnaires », *RJDA* 1995/3, p. 200.

LE NABASQUE (H.), « Les actions sont des droits de créances négociables », in *Aspects actuels du droit des affaires : mélanges en l'honneur d'Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p. 671.

LE NABASQUE (H.), « La fin de la connexion apports/capital », in *Quel avenir pour le capital social ?*, sous la direction de A. Couret et H. Le Nabasque, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2004, p. 102.

LE NABASQUE (H.), GAILLARD (J.-M.), KADDOUCH (R.), PORTIER (P.), SOLLE (B.), « Les actions de préférence », *Actes prat. ing. sociétaire* 2006, dossier n° 3, § 54.

LE NABASQUE (H.), « La sanction des délibérations adoptées par un conseil d'administration irrégulièrement composé », *RTDF* 2013, p. 108.

LECOURT (A.), « Le nouveau régime de la transmission des parts sociales de la SARL suite au décès d'un associé », *Dr. sociétés* 2005, p. 7.

LECOURT (B.), « L'avenir du droit français des sociétés : que peut-on encore attendre du législateur européen ? », *Rev. sociétés* 2004, p. 223.

LECOURT (B.), « Synthèse des réponses à la consultation sur la société privée européenne », *Rev. sociétés* 2008, p. 204.

LECOURT (B.), « La société privée européenne a-t-elle encore un avenir ? (À propos du retrait de la proposition de règlement) », *Rev. sociétés* 2014, p. 133.

LECOURT (B.), « La *Societas Unius Personae*, La nouvelle société unipersonnelle à responsabilité limitée proposée par la Commission européenne », *Rev. sociétés* 2014, p. 699.

LECOURT (B.), « Réflexions sur la simplification du droit des affaires », *RTD com.* 2015, p. 1.

LÉCUYER (H.), « Commentaire de l'ordonnance du 25 mars 2004 dans ses dispositions relatives aux SARL », *LPA* 16 avril 2004, n° 77, p. 4.

LEFEBVRE-TEILLARD (A.), « L'intervention de l'Etat dans la constitution des sociétés anonymes », *Revue historique de droit français et étranger* 1981, p. 383.

LEFEBVRE-TEILLARD (A.), « La révolution : une période décisive pour les sociétés par actions », *Rev. sociétés* 1989, p. 345.

LEGROS (J.-P.), « La nullité des décisions des sociétés », *Rev. sociétés* 1991, p. 275.

- LIBCHABER (R.), « Réflexions sur les engagements perpétuels et la durée des sociétés », *Rev. sociétés* 1995, p. 437.
- LIBCHABER (R.), « La société, contrat spécial », in *Dialogues avec Michel Jeantin, Perspectives du droit économique*, Dalloz, 1999, p. 281.
- LIBCHABER (R.), « Pour un renouvellement de l'analyse des droits sociaux », in *Aspects actuels du droit des affaires : mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p. 717.
- LIENHARD (A.), « Les assouplissements du régime de la SARL (ordonnance du 25 mars 2004) », *D.* 2004, p. 930.
- LUCAS (F.-X.), « Retour sur la notion de valeur mobilière », *Bull. Joly Sociétés* 2000, p. 765.

M.

- MAGNIER (V.), « Les actions de préférence : à qui profite la préférence », *D.* 2004, p. 2559.
- MALAURIE (Ph.), « La nature de la personnalité morale », *Deffrénois* 1990, p. 1068.
- MALAURIE-VIGNAL (M.), « *Intuitu personae* et liberté de la concurrence dans les contrats de distribution », *JCP E* 1998, I, p. 260.
- MALECKI (C.), « Le PACS et le droit des sociétés », *Rev. sociétés* 2000, p. 653.
- MALECKI (C.), « Le remaniement du régime des clauses d'agrément par l'ordonnance n° 2004 – 604 du 24 juin 2004 », *D.* 2004, p. 2775.
- MALECKI (C.), « Le nouveau visage de la SA non cotée : une lente mutation vers une société d'actionnaires », *Rép. sociétés Dalloz, Cahiers de l'actualité*, 2004-2, p. 4.
- MALECKI (C.), « La loi du 2 août 2005 en faveur des PME et les bons offices de la location d'actions de parts sociales », *D.* 2005, p. 2382.
- MALECKI (C.), « Propos conclusifs », in *L'apport en société dans tous ses états*, colloque du 17 novembre 2009, organisé par le Master 2 Juriste d'affaires de la Faculté Jean Monnet (Paris XI), *Supplément thématique BJS* 2009, p. 1207.
- MARTIN (D.), LE NABASQUE (H.), MORTIER (R.), FALLET (Cl.), PIETRANCOSTA (A.), « Les actions de préférence », *Actes prat. ing. sociétaire* 2012, n° 126.
- MARTIN (D. R.), « De la nature corporelle des valeurs mobilières (et autres droits scripturaux) », *D.* 1996, chron. 17, p. 47.
- MARTIN (D. R.), « Valeurs mobilières : défense d'une théorie », *D.* 2001, p. 1229.
- MARTIN (D. R.), « La propriété de haut en bas », *D.* 2007, p. 1977.
- MARTIN LAPRADE (F.), « Apport et contrepartie », in *L'apport en société dans tous ses états*, colloque du 17 novembre 2009, organisé par le Master 2 Juriste d'affaires de la Faculté Jean Monnet (Paris XI), *Supplément thématique BJS* 2009, p. 1170.
- MARTIN-SERF (A.), « L'instrumentalisation du droit des sociétés », *RJ com.* 2002, p. 108.
- MARTIN-SERF (A.), « La loi sur l'initiative économique : des fausses pistes pavées de bonnes intentions », *RJ com.* 2004, p. 75.
- MASSART (Th.), « Aspects sociétaires de l'ordonnance n° 2004-274 du 25 mars 2004 portant simplification du droit et des formalités pour les entreprises », *Bull. Joly Sociétés* 2004, p. 743.
- MASSART (Th.), « La modernisation de la SAS ou comment apporter moins pour gagner plus », *BJS* 2008, p. 632, § 136.
- MASSART (Th.), « Les apports de savoir-faire dans la SAS », in *L'apport en société dans tous ses états*, colloque du 17 novembre 2009, organisé par le Master 2 Juriste d'affaires de la Faculté Jean Monnet (Paris XI), *Supplément thématique BJS* 2009, p. 1154.
- MASSART (Th.), « Détermination du prix dans les cessions de droits sociaux », *Actes prat. ing. sociétaire* 2012, n° 124, p. 5.

- MASSART (Th.), SCHILLER (S.), MONSALIER SAINT MLEUX (M.-C.), CHATAIN (A.), TOURNEUR (C.), GOUNEL (Th.), ETAIN (P.), « Détermination du prix dans les cessions de titres », *Actes prat. ing. sociétaire* 2012, p. 3.
- MASSIN (E.), « Les cessions de droits dans les sociétés en participation », *Rec. gén. lois* 1973, p. 625.
- MASSON (A.), SHARIFF (M. J.), « Les stratégies juridiques d'entreprises », *Revue Lamy droit des affaires*, octobre 2010, p. 56.
- MAUBRU (B.), « L'agrément du conjoint de l'associé », *Defrénois* 1985, art. 33557, p. 801.
- MAY (J.-Cl.), « La société : contrat ou institution ? », in *Contrat ou institution : un enjeu de société*, ouvrage coordonné par Brigitte Basdevant-Gaudemet, L.G.D.J., coll. Systèmes, 2004, p. 122.
- MEKKI (M.), « La condition suspensive », *Gaz. Pal.* 2015, n° 155, p. 4.
- MERLE (Ph.), « Refus d'agrément et droit de repentir dans les SARL », *RJDA* 1993, n° 1, chron. p. 3.
- MESTRE (J.), « La société est bien encore un contrat », in *Mélanges offerts à Christian Mouly*, t. 2, Litec, 1998, p. 131.
- MEULDERS (M.-Th.), « L'évolution du mariage et le sens de l'histoire : de l'institution au contrat, et au-delà », in *Le droit de la famille en Europe, son évolution depuis l'antiquité jusqu'à nos jours*, Presses Universitaires de Strasbourg, 1992, p. 215.
- MICHA-GOUDET (R.), « La nature juridique des dividendes », *JCP E* 1998, p. 68.
- MICHALAUSKAS (M.), « La nature juridique de l'association », in *Contrat ou institution : un enjeu de société*, ouvrage coordonné par Brigitte Basdevant-Gaudemet, L.G.D.J., coll. Systèmes, 2004, p. 151.
- MILLARD (E.), « Les théories italiennes de l'institutionnalisation », in *Contrat ou institution : un enjeu de société*, ouvrage coordonné par Brigitte Basdevant-Gaudemet, L.G.D.J., coll. Systèmes, 2004, p. 31.
- MOLFESSIS (N.), « Simplification du droit et déclin de la loi », *RTD civ.* 2004, p. 155.
- MONNET (J.), « SARL et l'ordonnance du 25 mars 2004 : une véritable réforme », *Dr. sociétés* 2004, étude 9.
- MONSALIER SAINT MLEUX (M.-C.), CHATAIN (A.), « Les difficultés contemporaines posées par l'article 1843-4 du Code civil », *Actes prat. ing. sociétaire* 2012, p. 31.
- MONSÈRIÉ-BON (M.-H.), « Cession de droits sociaux et régime de communauté : des solutions surprenantes », *Dr. sociétés* 2016, n° 12, étude 16.
- MORAND (M.), « La copropriété saisonnière ou multipropriété depuis dix ans », *Gaz. Pal.* 1979, I, doct. 245.
- MOREL (R.-L.), « Du refus de contracter opposé en raison de considérations personnelles », *RTD civ.* 1908, p. 289.
- MORIN (A.), « *Intuitus personae* et sociétés cotées », *RTD com.* 2000, p. 299.
- MORIN (G.), « La désagrégation de la théorie contractuelle du code », in *APD* 1940, p. 7.
- MORIN (G.), « Formules d'application de la loi n° 82-596 du 10 juillet 1982 », *Defrénois* 1983, art. 33154.
- MORTIER (R.), MORTIER (A.), THEIMER (A.), « La location d'actions et de parts sociales », *Actes prat. Ing. sociétaire* 2007, n° 92, p. 4.
- MORTIER (R.), « Le tiers estimateur (C. civ., art. 1592 et 1843-4) », in *La sortie de l'investisseur*, ouvrage collectif du Centre de recherches en Droit Financier de l'Université de Paris I-Panthéon-Sorbonne, éd. Litec, 2007
- MORTIER (R.), « Contre le droit de repentir en droit des sociétés », *Rev. sociétés* 2009, p. 547.
- MORTIER (R.), « L'instrumentalisation de la personne morale », in *La personne morale, Travaux de l'association H. Capitant, Journée nationales, La Rochelle, 2009*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2010, p. 31.
- MORTIER (R.), « La qualité d'associé en régime de communauté », *Gaz. Pal.* 16 oct. 2012, p. 11.

MORTIER (R.), « Caractéristiques des actions de préférence », in *Dossier Les actions de préférence, Actes prat. Ing. sociétaire* 2012, n° 126, p. 6.

MORTIER (R.), « Article 1843-4 du Code civil : réforme en vue ! », *Dr. sociétés* 2013, comm. 196.

MORTIER (R.), « Le nouvel article 1843-4 du Code civil issu de l'ordonnance n° 2014-863 du 31 juillet 2014 », *Dr. sociétés* 2014, Étude 19.

MOTULSKY (H.), « La nature juridique de « l'arbitrage » prévu pour la fixation des prix de vente ou de loyer », *Rec. gén. lois* 1955, p. 111.

MOULIN (J.-M.) et *alii*, « Le régime du rachat et de l'auto-détention », *Actes pratiques et ingénierie sociétaire* 2016, n° 145, p. 17.

MOULIN (J.-M.), « La vie des délégations de pouvoir dans l'entreprise », *Bull. Joly Sociétés* 2012, n° 10, p. 745.

MOULIN (J.-M.), « Les mutations du droit de vote dans les sociétés anonymes. Propos introductifs sur le droit de vote de l'actionnaire », *RTDF* 2011, n° 4, p. 5.

MOURY (J.), « Des ventes et des cessions de droits sociaux à dire de tiers (étude des articles 1592 et 1843-4 du code civil) », *Rev. sociétés* 1997, p. 455.

MOURY (J.), « Jeux d'ombres sur la détermination du prix par les tiers estimateurs des articles 1592 et 1843-4 du Code civil », *Rev. sociétés* 2005, p. 513.

MOURY (J.) « Les nullités “en cascade” en droit des sociétés », *Rev. sociétés* 2013, p. 599

MOUSSERON (J.-M.), « A propos des résolutions d'associés », in *Mélanges offerts à Ch. Mouly*, t. 2, Litec, 1998, p. 223.

N.

NIORT (J.-F.), « Droit, économie et libéralisme dans l'esprit du Code Napoléon », in *Archives de philosophie du droit*, sous la direction de François Terré, t. 37, Sirey, 1992, p. 101.

NURIT-PONTIER (L.), « Le couple et le droit des sociétés », *Dr. et patrimoine* 2003, p. 20.

O.

OURDIN (M.), « La transmission des contrats de distribution », *RTD com.* 2011, p. 447.

OUTIN-ADAM (A.), « La SPE : nouvelle frontière du droit européen des sociétés », in *Mélanges en l'honneur de Daniel Tricot*, p. 713.

OUTIN (A.), SIMON (J.), « Pour une société privée européenne », *Bull. Joly Sociétés* 1999, p. 337.

P.

PAGET (S.), « La sanction de la cession non agréée de titres sociaux », *LPA* 2008, p. 6.

PAILLUSSEAU (J.), « Le droit moderne de la personnalité morale », *RTD civ.* 1993, p. 705.

PAILLUSSEAU (J.), « La nouvelle société par actions simplifiée. Le *big bang* du droit des sociétés ! », *D.* 1999, p. 333.

PAILLUSSEAU (J.), « Entreprise, société, actionnaires, salariés, quels rapports », *D.* 1999, chron. p. 165

PAILLUSSEAU (J.), « La logique organisationnelle dans le droit. La logique du droit des sociétés », in *Études et Actualité, Études offertes à Jacques Béguin*, Litec, 2004, p. 567.

- PAILLUSSEAU (J.), « La liberté contractuelle dans la SAS et le droit de vote », *D.* 2008, p. 1563.
- PASCUAL (I.), « La prise en considération de la personne physique dans le droit des sociétés », *RTD com.* 1998, p. 273.
- PASQUALINI (F.), « Le choix de la forme sociale », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Paul Didier*, *Économica*, 2008, p. 363.
- PATARIN (J.), « Les groupements sans personnalité juridique en droit civil français », in *Rapport français pour les journées italiennes de Trieste organisées par l'association Henri Capitant sur le thème des groupements et organismes sans personnalité morale*, Dalloz, 1974, p. 44.
- PELLETHIER (N.), « Rester associé, un aléa à cerner », in *Dossier Les aléas sociaux, Actes prat. et ing. sociétaire* 2013, n° 132, p. 24.
- PÉRIN (L.), « Les mystères de la SAS ou vingt ans après », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Germain*, LexisNexis – Lextenso, 2015, p. 667.
- PIC (P.), « De l'élément intentionnel dans le contrat de société », *Annales de droit commercial* 1906, p. 153.
- PICHARD (B.), « La location d'actions, outil de stabilisation de l'actionnariat », *JCP E* 2005, 1705.
- PIÉDELIÈVRE (A.), « Remarques sur l'infléchissement de la notion de personnalité morale par le cautionnement », *Gaz. Pal.* 1982, I, *doctr.* 10.
- PORRACHIA (D.), MARTIN (D.), « Regard sur l'intérêt social », *Rev. sociétés* 2012, p. 475.
- PORACCHIA (D.), « Les clauses d'agrément dans les sociétés par actions – Questions contemporaines », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Germain*, LexisNexis, L.G.D.J., 2015, p. 679.
- PRIEUR (J.), « Introduction », in *La gouvernance des entreprises familiales, Actes du colloque du 17 juin 2010 à l'Université Paris-Dauphine*, Litec, coll. Colloques et débats, 2010, p. 1.
- R.**
- RABREAU (A.), « L'éviction des héritiers d'actions de SAS : quels aménagements statutaires ? », *Bull. Joly Sociétés* 2011, p. 740.
- RABREAU (A.), « Plaidoyer pour la suppression de l'article 1832-2 du Code civil », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Germain*, LexisNexis, L.G.D.J., 2015, p. 697.
- RANDOUX (D.), « Une réforme ordinaire : la société par actions simplifiée », *JCP E* 1999, p. 1812.
- RAKOTOVAHINY (M.), « Le droit de veto dans les sociétés », *Rev. sociétés* 2017, p. 277.
- REBOUL (N.), « Remarques sur une notion conceptuelle et fonctionnelle : l'*affectio societatis* », *Rev. sociétés* 2000, p. 425.
- REIGNÉ (P.) et DELORME (T.), « Réflexions sur la distinction de l'associé et de l'actionnaire », *D.* 2002, *chron.* p. 1330.
- REULOS (M.), « Une source du Code de commerce : le projet Miromesnil », *RTD com.* 1948, p. 224.
- RENUCCI (I.), « L'identité du cocontractant », *RTD com.* 1993, p. 441.
- REYGROBELLET (A.), « Le crédit-bail portant sur les parts sociales d'une société civile immobilière », *Rev. sociétés* 2010, p. 419.
- RICHARD (E.), « Mon nom est personne : la construction de la personnalité morale ou les vertus de la patience », *Entreprises et histoire* 2009/4, n° 57, p. 14.
- RICHARD (J.), « La convention de croupier », *Dr. sociétés* 1986, p. 3.
- RIVERO (J.), « Apologie pour les "faiseurs de systèmes" », *D.* 1951, *chron.* p. 99.
- RIPERT (G.), « La clause de continuation de la société en nom collectif avec les héritiers de l'associé décédé », *RTD com.* 1938, p. 7.

ROBLOT (R.), « L'agrément de nouveaux actionnaires », in *Mélanges en l'honneur de Daniel Bastian*, vol. 1, Librairies techniques, 1974, p. 283.

ROETS (D.), « Les droits discrétionnaires : une catégorie juridique en voie de disparition », *D.* 1997, chron. p. 92.

ROUILLER (N.), « La prise du pouvoir dans les sociétés commerciales en Suisse », in *Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française : Le pouvoir dans les sociétés, Journées chiliennes*, tome LXII, Bruylant et LB2V, 2012, p. 201.

S.

SAINT-ALARY-HOUIN (C.), « Les critères distinctifs de la société et de l'indivision depuis les réformes récentes du code civil », *RTD com.* 1979, p. 645.

SAINTOURENS (B.), « La flexibilité du droit des sociétés », *RTD com.* 1987, p. 457.

SAINTOURENS (B.), « L'an 2000 et au-delà : quelles perspectives pour le droit des sociétés ? », *Rev. sociétés* 2000, p. 109.

SAINTOURENS (B.), « L'attractivité renforcée de la SARL après l'ordonnance n° 2004-274 du 25 mars 2004 », *Rev. sociétés* 2004, p. 207.

SAINTOURENS (B.), « Le nouveau droit des clauses d'agrément », *Rev. sociétés* 2004, p. 611.

SAINTOURENS (B.), « Réformes du droit des sociétés par les lois des 26 juillet et 2 août 2005 », *Rev. sociétés* 2005, p. 541.

SAINTOURENS (B.), « L'héritier de l'associé », in *Les droits et le Droit, Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Dalloz, 2006, p. 1025.

SALAH (M. M.), « Les transformations de l'Ordre Public économique. Vers un Ordre Régulateur ? », in *Mélanges Gérard Farjat, Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ?*, Paris, éd. Frison – Roche, 1999, p. 261.

SALEILLES (R.), « Étude sur l'histoire des sociétés en commandites », *Annales de droit commercial* 1895, p. 10 et 49 ; et 1897, p. 29.

SCHALL (A.), « La MoMig – La loi sur la modernisation de la GmbH », in *Actualité et évolutions comparées du droit allemand et français des sociétés, sous la direction de Michel Menjucq et Bertrand Fages*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2010, p. 5.

SCHILLER (S.), « L'organisation du capital – La stabilité du capital », in *La gouvernance des entreprises familiales, Actes du colloque du 17 juin 2010 à l'Université Paris-Dauphine*, Litec, coll. Colloques et débats, 2010, p. 61.

SCHILLER (S.), « Pactes, statuts, règlement intérieur : quelle hiérarchie ? », *Rev. sociétés* 2011, p. 331.

SCHLUMBERGER (E.), « Réflexions sur la liberté contractuelle dans la SAS », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Germain*, LexisNexis – Lextenso, 2015, p. 767.

SCHMIDT (D.), « De l'intérêt commun des associés », *JCP E* 1994, chron. p. 404.

SCHMIDT (D.), « De l'intérêt social », *Rev. droit bancaire et bourse* 1995, p. 136.

SCHMIDT (D.), « Essai de systématisation des conflits d'intérêts », *D.* 2013, n° 7.

SCHWING (A.), « La nature juridique du droit du croupier », *Rev. sociétés* 1935, p. 152.

SÉRIAUX (A.), « La notion juridique de patrimoine. Brèves notations civilistes sur le verbe avoir », *RTD civ.* 1994, p. 801.

SERLOOTEN (P.), « *L'affectio societatis*, une notion à revisiter », in *Aspects actuels du droit des affaires : mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p. 1007.

SEVE (R.), « Déterminations philosophiques d'une théorie juridique : la théorie du patrimoine d'Aubry et Rau », in *Les biens et les choses en droit*, *APD* 1979, t. 24, 1979, p. 247.

SIMLER (Ph.), « L'article 1134 du Code civil et la résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée », *JCP* 1971, I, 2413.

SIMLER (Ph.), « La distinction du titre et de la finance justifie-t-elle un pouvoir exclusif de disposition ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Germain*, LexisNexis – Lextenso, 2015, p. 565.

SIMON (J.), « Quelques réflexions sur la sanction en droit des affaires », in *Le juge et le droit de l'économie, Mélanges en l'honneur de Pierre Bézard*, L.G.D.J., 2003, p. 147.

T.

TAORMINA (G.), « Réflexions sur l'aggravation des engagements de l'associé », *Rev. sociétés* 2002, p. 267.

TCHENDJOU (M.), « Le conjoint de l'associé », *RTD com.* 1996, p. 409.

TCHOTOURIAN (I.), « La prise de pouvoir dans les sociétés par actions au Québec », in *Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française : Le pouvoir dans les sociétés, Journées chiliennes*, tome LXII, Bruylant et LB2V, 2012, p. 173.

TEICHMANN (Ch.), « Le pouvoir dans les sociétés en Allemagne », in *Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française : Le pouvoir dans les sociétés, Journées chiliennes*, tome LXII, Bruylant et LB2V, 2012, p. 51.

TELLER (M.), « L'information des sociétés cotées et non cotées : une évolution certaine, de nouveaux risques probables », *RTD com.* 2007, p. 17.

THALLER (E.), « De la nature juridique du titre de crédit », *Annales de droit commercial* 1906, p. 5.

THEIMER (A.), « Les apports en industrie dans une société par actions simplifiées », *Dr. sociétés* 2009, n° 11, étude 14.

THEIMER (A.), « Fusion entre collecteurs Action Logement (CIL 1%) et clause d'agrément dans une société anonyme d'habitations à loyer modéré », *Actes prat. ing. sociétaires* 2011, n° 117, p. 17.

THOMAS (Y.), « Le langage du droit romain, problèmes et méthodes », in *Le langage du droit*, *APD* 1974, t. XIX, p. 110.

THOMASSIN (N.), « Si la société m'était "comptée" », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Didier R. Martin, Liber Amicorum*, Lextenso, 2015, p. 613.

TIMMERMAN (L.), « Expérience et propositions : Pays-Bas », in *Propositions pour une société fermée européenne, Étude du Centre de recherche sur le droit des affaires de la Chambre de commerce de Paris*, sous la direction de Jeanne Boucourechliev, *C.R.E.D.A.*, 1997.

U.

URBAIN-PARLEANI (I.), « La fusion-absorption à l'épreuve des clauses d'agrément. Le cas particulier de la transmission des droits sociaux dans le capital d'une société tierce », in *Aspects actuels du droit des affaires : mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p. 1061.

V.

VAREILLE (B.), « L'indivision et les couples », in *L'indivision, Travaux de l'association Henri Capitant, Journées nationales*, t. 7, Dalloz, 2005, p. 4.

VEDEL (G.), « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *JCP* 1950, I, 851.

VIANDIER (A.), « Les contrats conclus *intuitu personae* face à la fusion », in *Mélanges offerts à Christian Mouly*, éd. Litec, 1998, t. 2, p. 193.

W.

WALINE (M.) « Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ? », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, t. 1, éd. Sirey, 1963, p. 367.

WEIGMANN (R.), « La prise de pouvoir dans les sociétés en Italie », in *Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française : Le pouvoir dans les sociétés, Journées chiliennes*, tome LXII, Bruylant et LB2V, 2012, p. 151.

WICKER (G.), « Force obligatoire et contenu du contrat », in *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, sous la direction de Pauline Rémy-Corlay et Dominique Fenouillet, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2003, p. 151.

WICKER (G.), « La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno Oppetit », in *Études à la mémoire du professeur Bruno Oppetit*, LexisNexis, 2010, p. 691.

VIII. – Notes de jurisprudence.

A.

ALFANDARI (E.), note sous CA Paris, 15^{ème} ch., 19 mars 1982, *RTD com.* 1982, p. 258.

- , note sous CA Paris, 23 mars 1993, *RTD com.* 1994, p. 310.

ANSAULT (J.-J.), note sous Cass. com., 29 septembre 2015, n° 14-17.343, (F-D), I. c/ Société Socotec France, *Rev. sociétés* 2016, p. 228.

AUBERT (J.-L.), note sous Cass. 1^{ère} civ., 12 juillet 1989, *Bull. civ.* I, n° 292, p. 194, *Defrénois* 1990, p. 358.

AYNÈS (L.), note sous Cass. com., 11 mars 2014, n° 11-26.915, *Dr. et patrimoine* 2014, n° 238, p. 88.

B.

BARABÉ-BOUCHARD (V.), note sous Cass. 1^{ère} civ., 4 juillet 2012, n° 11-13.384 (n° FS-PBI), *D.* 2012, p. 2493.

BARBIER (H.), note sous Cass. com., 11 mars 2014, n° 13-10.366, F-P+B, S. c/ A., *RTD civ.* 2014, p. 650.

- , obs. sous CA Paris, pôle 5, ch. 8, 23 novembre 2016, *RTD civ.* 2017, p. 375.

BARBIÈRI (J.-F.), note sous CA Angers, 26 février 1990, *Dr. sociétés* 1990, comm. n° 369.

- , note sous Cass. com., 18 mai 1993, Kunegel c/ Urffer, *Rev. sociétés* 1993, p. 809.

- , note sous Cass. 3^{ème} civ., 19 juillet 2000, Navarre c/ Gautron, *Rev. sociétés* 2000, p. 737.

- , note sous Cass. com., 9 juin 2004, *Bull. Joly Sociétés* 2004, p. 1405.

- , note sous Cass. 3^{ème} civ., 6 octobre 2004, Hébert c/ CRCA du Finistère, *Rev. sociétés* 2005, p. 411.

- , note sous Cass. com., 4 juillet 2006, SARL Les et a. c/ Vigneaux et a., *Rev. sociétés* 2007, p. 80.

- , note sous Cass. com., 8 avril 2008, n° 07-11.237 (n° 479 FD), SA Sogecore c/ SA Ecore, *Bull. Joly Sociétés* 2008, n° 8, p. 679.

- , note sous Cass. 1^{ère} civ., 4 juillet 2012, n° 11-13.384 (n° FS-PBI), *Bull. Joly Sociétés* 2012, p. 139.

- , note sous Cass. com., 26 février 2013, n° 11-27.521, *Rev. sociétés* 2013, p. 615.

- , note sous Cass. com., 29 septembre 2015, n° 14-16.142, F-D, H. c/ H., *Rev. sociétés* 2016, p. 46.

BASTIAN (D.), note sous Cass. civ., 16 mars 1942, *JCP G* 1942, II, 1854.

- , note sous Cass. com., 15 novembre 1950, Société Carrières de Saint-Herblain c/ Veuve Hervé et autres, *JCP* 1951, II, 6146.

- , note sous Cass. com., 22 octobre 1956, *JCP* 1956, II, 9678.

BERNARD (N.), obs. sous CA Paris, 26 octobre 1971, *JCP* 1972, II, 17239.

BERTREL (J.-P.), obs. sous Cass. com., 4 janvier 1994, *Dr. et patrimoine* 1994, p. 69.

- , note sous Cass. com., 6 mai 2003, n° 01-12.567, Société Sanofi Synthélabo c/ Société Laboratoires Yves Rocher, et n° 01-30.172, Société Financière des laboratoires Yves Rocher c/ Société Sanofi Synthélabo, *Dr. et patrimoine* octobre 2003, n° 119, p. 36.

BIGOT (J.), note sous CA Paris, 23 février 1962, *D.* 1963, p. 570.

BILLIAU (M.), note sous Cass. 3^{ème} civ., 12 déc. 2001, *D.* 2002, p. 984.

BOITARD, note sous CA Paris, 2 mai 1966, *D.* 1966, p. 623, *JCP* 1967, II, 14991.

BOLZE (Ch.), note sous Cass. com., 5 mars 1991, et 5 février 1991, *Rev. sociétés* 1991, p. 549.

BONNARD (J.), note sous Cass. com., 27 juin 1989, SA Rivoire et Carret c/ SA Lustucru, *D.* 1990, p. 314.

- , note sous Cass. com., 27 mars 1990, *D.* 1991, jurispr., p. 503.

BONNEAU (Th.), note sous CA Paris, 15^{ème} ch., sect. B, 11 décembre 1992, *Dr. sociétés* 1993, comm. 69.

- , obs. sous Cass. com., 29 juin 1993, *Dr. sociétés* 1993, comm. n° 158.

- note sous Cass. com., 18 novembre 1997, *Dr. sociétés* 1998, p. 10, n° 22.

- , note sous Cass. 1^{ère} civ., 24 mars 1998, *Dr. sociétés* 1998, n° 103.

- , note sous Cass. 3^{ème} civ., 6 décembre 2000, Schatt c/ Tourneur et a., *Dr. sociétés* 2001, n° 3, comm. 39.

- , note sous Cass. 3^{ème} civ., 20 février 2002, n° 99-15.474, n° 345, FS-P+B, Époux Dubois c/ Syndicat des copropriétaires de la Résidence Bertrand Toga, *JCP E* 2002, p. 766.

BOULOC (B.), note sous Cass. com., 28 février 1972, *Rev. sociétés* 1973, p. 100.

- , note sous Cass. crim., 14 octobre 2003, *Bull. crim.*, n° 1899, *Rev. sociétés* 2004, p.161.

- , note sous Cass. com., 5 octobre 2004, n°02-17.338, *RTD com.* 2005, p. 407.

- , note sous Cass. com., 24 novembre 2009, n° 08-21.369, *RTD com.* 2010, p. 600.

BOUSQUET (J.-Cl.), note sous Cass. com., 10 mars 1976, *D.* 1977, p. 4550.

BRIGNON (B.), note sous Cass. 1^{ère} civ., 12 juillet 2012, FS-P+B+I, *D.* 2012, p. 2786.

- , note sous Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} juin 2016, n° 13-28.851, *Dr. sociétés* 2016, comm. 163.

BUCHBERGER (M.), note sous Cass. com., 11 janvier 2017, n° 15-13.025, société CDH, F-D, *Bull. Joly Sociétés* 2017, n° 4, p. 222.

BUREAU (D.), note sous Cass. com., 21 janvier 1997, SARL Le Cristal c/ Consorts Groc, *Rev. sociétés* 1997, p. 349.

C.

CAFFIN-MOI (M.), note sous Cass. com., 11 mars 2014, n° 13-10.366, F-P+B, S. c/ A., *JCP E* 2014, 1515, n° 5.

- , note sous Cass. 3^{ème} civ., 15 octobre 2015, n° 14-17.517, F-D, Gustinelli c/ Société Cargèse Holding, *Bull. Joly Sociétés* 2016, n° 2, p. 103

- CARVAL (S.), note sous Cass. 2^{ème} civ., 6 février 2014, n° 13-10.540 et 13-10.745, *Rev. contrats* 2014, n° 3, p. 365.
- CAUSSAIN (J.-J.), note sous CA Paris, 25 septembre 1992, *JCP E* 1993, I, 250.
- , note sous Cass. com., 4 janvier 1994, Pascal c/ CÉ du Cantal, *JCP E* 1994, I, 363, n° 9.
- , note sous Cass. com., 21 mars 1995, n° 93-14.564, Société Alma Intervention SNC c/ Roche, *JCP E* 1995, I, 475.
- , note sous Cass. com., 5 octobre 1999, *JCP* 2000, I, 205, n° 3.
- , note sous Cass. com., 6 mai 2003, n° 01-12.567, Société Sanofi Synthélabo c/ Société Laboratoires Yves Rocher, et n° 01-30.172, Société Financière des laboratoires Yves Rocher c/ Société Sanofi Synthélabo, *JCP E* 2003, p. 1335.
- , note sous Cass. com., 8 mars 2005, *JCP E* 2005, p. 1046, n° 9.
- CHAMPAUD (Cl.), note sous CA Paris, 23 mars 1993, *RTD com.* 1993, p. 514.
- , note sous Cass. com., 21 mars 1995, Société Alma intervention et autre c/ Mme Roche et autre.
- , note sous Cass. com., 26 mars 1996, Inguibert-Vignal c/ Albertini, *RTD com.* 1996, p. 475.
- , note sous Cass. com., 2 juillet 1996, SARL Polyclinique de Deauville et autres c/ Bonhomme, *RTD com.* 1996, p. 158.
- , note sous CA Paris, 5^{ème} ch. B, 28 janvier 1999, SARL Noralyk c/ Cyhanem et a., *RTD com.* 1999, p. 441.
- , note sous CA Paris, 3^{ème} ch. A., 26 juin 2001, SA LMO c/ SA SIIHP, *RTD com.* 2001, p. 910.
- , note sous CA Paris 25^{ème} ch. B, 14 novembre 2003, Benchimal c/ Seroussi, *RTD com.* 2004, p. 102.
- , obs. sous CA Paris, 14^{ème} ch. A, 2 février 2005, SAS IDI c/ Société CDR et autres, *RTD com.* 2005, p. 352.
- , note sous CA Paris, 1^{ère} ch. A, 16 mai 2006, Mme Diop Sene c/ Maître C., *RTD com.* 2006, p. 614.
- , note sous CA Paris, 1^{ère} ch., 30 octobre 2007, Sanchez Ruiz c/ Société Arts sans frontière et société MCW, *RTD com.* 2008, p. 127
- , obs. sous CA Paris, 3^{ème} ch. B., 6 novembre 2008, RG n° 07/18097, Société Central Ambulances c/ Société Ambulances auxerroises, *RTD com.* 2009, p. 162.
- , note sous Cass. 3^{ème} civ., 14 janvier 2009, n° 07-17.619, FS-P+B, Mme Poisson c/ Mme Champagne de Labriolle, *RTD com.* 2009, p. 569.
- , note sous Cass. com., 7 avril 2009, n° 07-14.626, D'Abrohn c/ Acou et Blériot ès-qualité, *RTD com.* 2009, p. 566.
- , note sous Cass. com., 29 septembre 2009, n° 08-16.368, F-P+B, Mme Bertrand c/ GAEC Troisel, *RTD com.* 2010, p. 143.
- CHARTIER (Y.), note sous Cass. com., 18 novembre 1974, Consorts Buzyn c/ Nicolas, *Bull. civ.* 1974, IV, p. 237 ; *Rev. sociétés* 1975, p. 273.
- , note sous Cass. com., 9 mai 1990, *Rev. sociétés* 1991, p. 72.
- , note sous Cass. com., 3 juillet 1990, *Rev. sociétés* 1991, n° 72.
- , note sous Cass. com., 11 février 1992, Époux Claden c/ Consorts Ziggelaar, *Rev. sociétés* 1992, p. 494.
- , note sous Cass. com., 21 mars 1995, Société Alma intervention et autre c/ Mme Roche et autre, *Rev. sociétés* 1996, p. 77.
- , note sous Cass. com., 28 septembre 2004, Eak Thong Ung c/ M. Nguon Ong et autres, *Rev. sociétés* 2005, p. 393.
- COHEN (D.), note sous Cass. com., 6 mai 2003, n° 01-12.567, Société Sanofi Synthélabo c/ Société Laboratoires Yves Rocher, et n° 01-30.172, Société Financière des laboratoires Yves Rocher c/ Société Sanofi Synthélabo, *JCP E* 2003, p. 1485.

CONSTANTIN (A.), note sous Cass. com., 6 mai 2003, n° 01-12.567, Société Sanofi Synthélabo c/ Société Laboratoires Yves Rocher, et n° 01-30.172, Société Financière des laboratoires Yves Rocher c/ Société Sanofi Synthélabo, *Bull. Joly Sociétés* 2003, p. 742.

- , note sous Cass. com., 1^{er} mars 2011, n° 10-13.795, *RLDA* 2011, p. 10.

- , note sous Cass. 3^{ème} civ., 8 juillet 2015, n° 13-14.348, P+B, Société Bruxys, Société SOGEB et a. c/ M. X., *RTD com.* 2015, p. 533.

COPPER-ROYER, note sous Cass. com., 7 janvier 1952, *D.* 1952, p. 229.

COQUELET (M.-L.), note sous Cass. com., 9 novembre 2010, n° 09-70.726, FS-P+B, SA Beauté esthétique c/ SARL Detraz et Cie-Les Menaux, *Dr. sociétés* 2011, comm. 1.

- , note sous Cass. com., 18 mai 2010, n° 09-14.855, P+B+I+R, Société Française de gastronomie c/ SAS Larzul, *Dr. sociétés* 2010, comm. 156.

CORDONNIER (P.), note sous Cass. req., 12 mars 1928, Gourio c/ Soc. bretonne de crédit et de dépôts, *Journ. sociétés* 1929, p. 98.

COUPET (C.), note sous Cass. com., 11 janvier 2017, n° 15-13.025, Bertrand Couly c/ Société Couly Dutheil, *Dr. Sociétés* 2017, n° 5, comm. 79.

COURET (A.), note sous CA Montpellier, 4 octobre 1990, *Bull. Joly Sociétés* 1992, p. 777.

- , note sous Cass. com., 9 juillet 2002, *Bull. Joly Sociétés* 2003, p. 939.

- , note sous Cass. com., 31 janvier 1995, n° 91-20.037, *Bull. Joly Sociétés* 1995, p. 342.

- , note sous CA Paris, 1^{ère} ch. sect. A, 16 avril 1996, n° 91-17.228, Consorts Marchal c/ Maître Bourdair, *Bull. Joly Sociétés* 1996, p. 826.

- , note sous Cass. com., 2 juillet 1996, SARL Polyclinique de Deauville et autres c/ Bonhomme, *Bull. Joly Sociétés* 1996, p. 1031, n° 376.

- , note sous CA Paris, 26 janvier 2010, n° 08/16326, SAS Groupe Hélice c/ Dieschbourg, *Bull. Joly Sociétés* 2010, p. 445.

- , note sous Cass. 3^{ème} civ., 13 avril 2010, n° 09-65.538, *Bull. Joly Sociétés* 2010, p. 821.

- , note sous Cass. com., 18 mai 2010, n° 09-14.855, P+B+I+R, Société Française de gastronomie c/ SAS Larzul, *JCP E* 2010, 1562.

D.

DAIGRE (J.-J.), note sous Cass. com., 21 juillet 1981, *Rev. sociétés* 1981, p. 771.

- , note sous Cass. com., 29 novembre 1982, *Bull. civ.* 1982, IV, n° 379, *Rev. sociétés* 1983, p. 68.

- , note sous Cass. com., 3 juin 1986, Groupement aptésien de la cerise industrielle Aptunion c/ société Clerici et compagnie, *D.* 1987, jurisp. p. 95.

- , note sous Cass. com., 4 janvier 1994, *Bull. Joly Sociétés* 1994, p. 279.

- , . CA Paris, 5^{ème} ch. sect. B, 23 avril 1998, n° 96/12172, Layous c/ Sauviat, *Bull. Joly Sociétés* 1998, p. 959.

- , note sous Cass. com., 26 mai 2004, n° 02-11.944, X c/ Société La Voix du Nord, *Bull. Joly Sociétés* 2004, p. 1375.

DALSACE, note sous Cass. com., 18 octobre 1967, *D.* 1968, p. 447.

- DANET (D.), note sous CA Paris, 23 mars 1993, *RTD com.* 1993, p. 514.
- , note sous Cass. com., 21 mars 1995, Société Alma intervention et autre c/ Mme Roche et autre, *RTD com.* 1996, p. 67.
- , note sous Cass. com., 26 mars 1996, Inguibert-Vignal c/ Albertini, *RTD com.* 1996, p. 475.
- , note sous Cass. com., 2 juillet 1996, SARL Polyclinique de Deauville et autres c/ Bonhomme, *RTD com.* 1996, p. 158.
- , note sous CA Paris, 5^{ème} ch. B, 28 janvier 1999, SARL Noralyk c/ Cyhanem et a., *RTD com.* 1999, p. 441.
- , note sous CA Paris, 3^{ème} ch. A., 26 juin 2001, SA LMO c/ SA SIIHP, *RTD com.* 2001, p. 910.
- , obs. sous CA Paris 25^{ème} ch. B, 14 novembre 2003, Benchimal c/ Seroussi, *RTD com.* 2004, p. 102.
- , obs. sous CA Paris, 14^{ème} ch. A, 2 février 2005, SAS IDI c/ Société CDR et autres, *RTD com.* 2005, p. 352.
- , note sous CA Paris, 1^{ère} ch. A, 16 mai 2006, Mme Diop Sene c/ Maître C., *RTD com.* 2006, p. 614.
- , note sous CA Paris, 1^{ère} ch., 30 octobre 2007, Sanchez Ruiz c/ Société Arts sans frontière et société MCW, *RTD com.* 2008, p. 127.
- , obs. sous CA Paris, 3^{ème} ch. B., 6 novembre 2008, RG n° 07/18097, Société Central Ambulances c/ Société Ambulances auxerroises, *RTD com.* 2009, p. 162.
- , note sous Cass. com., 7 avril 2009, n° 07-14.626, D'Abrohn c/ Acou et Blériot ès-qualité, *RTD com.* 2009, p. 566.
- , note sous Cass. com., 29 septembre 2009, n° 08-16.368, F-P+B, Mme Bertrand c/ GAEC Troisel, *RTD com.* 2010, p. 143.
- DEBOISSY (Fl.), note sous Cass. com., 6 mai 2003, n° 01-12.567, Société Sanofi Synthélabo c/ Société Laboratoires Yves Rocher, et n° 01-30.172, Société Financière des laboratoires Yves Rocher c/ Société Sanofi Synthélabo, *JCP E* 2003, p. 1335.
- , note sous Cass. com., 8 mars 2005, *JCP E* 2005, p. 1046, n° 9.
- , obs. sous CA Paris, 8^{ème} ch., 4 décembre 2012, n° 11/15313, SAS Pampr'œuf distribution et autres c/ SA Les Établissements Ligner, *RTD com.* 2013, p. 94.
- DECKERT (K.), note sous Cass. com., 15 mars 2017, n° 15-18. 221 (F-D), L. c/ P., *Rev. sociétés* 2017, p. 493.
- DELAISI (P.), note sous Cass. com., 19 avril 1972, Société nouvelle Cargo Maritime c/ Société Michaelides, *Gaz. Pal.* 1972, 2, p. 755.
- DELPECH (X.), obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 6 mai 2010, n° 09-66.969, *D.* 2010, p. 1279.
- DELVALLÉE (J.), note sous Cass. 1^{ère} civ., 17 février 2016, n° 15-11.304, *Gaz. Pal.* 2016, p. 63.
- DEREU (Y.), note sous CA Paris, 14^{ème} ch. sect. B, 17 janvier 2003, SCI Val Thorens c/ Marvaldi, *Bull. Joly Sociétés* 2003, p. 479.
- DERRUPPÉ (J.), note sous Cass. com., 10 mars 1976, *Deffrénois* 1977, p. 1233.
- , note sous Cass. com., 18 novembre 1997, *Bull. Joly Sociétés* 1998, p. 221.
- D'ESPARRON (E.), note sous Cass. 1^{ère} civ., 12 juillet 2012, FS-P+B+I, *D.* 2012, p. 2786.
- DONDERO (B.), obs. sous Cass. com., 8 avril 2008, n° 06-18.362, Société Lamy c/ Société Séché environnement, *RTD com.* 2008, p. 801
- , note sous Cass. com., 2 décembre 2008, n° 08-13.185, *D.* 2009, p. 780.
- , note sous Cass. 3^{ème} civ., 13 avril 2010, n° 09-65.538, *Bull. Joly Sociétés* 2010, p. 821.
- , note sous Cass. com., 18 mai 2010, n° 09-14.855, P+B+I+R, Société Française de gastronomie c/ SAS Larzul, *JCP E* 2010, 1562.

- , note sous Cass. com., 24 mai 2011, n° 10.24-869, (n° 512, F-P+B), *RTD com.* 2011, p. 587.

- , note sous Cass. com., 17 janvier 2012, Santraille c/ Robinson participations, n° 09-17.212, FS-P+B, *RTD com.* 2012, p. 141.

- , note sous Cass. com., 17 janvier 2012, Santraille c/ Robinson participations, n° 09-17.212, FS-P+B, *Bull. Joly Sociétés* 2012, p. 310.

- , note sous Cass. com., 30 mai 2012, n° 11-16.272, P+B, SARL First Racing c/ G., *D.* 2012, p. 1581.

- , note sous CA Paris, 8^{ème} ch., 4 décembre 2012, n° 11/15313, SAS Pampr'œuf distribution et autres c/ SA Les Établissements Ligner, *RTD com.* 2013, p. 94.

- , note sous Cass. com., 19 mars 2013, n° 12-15.283, F-P+B, Garavello c/ Kubyn, *JCP E* 2013, p. 1289.

- , note sous Cass. com., 18 février 2014, n° 12-29.752, (n° 197 FS-P+B), *Rev. sociétés* 2014, p. 491.

DUPRÉ-DALLEMAGNE (S.), note sous Cass. com., 26 novembre 2003, Société Alain Manoukian c/ Thierry Wajsfisz, *D.* 2004, jurispr. p. 869.

E.

ESMEIN (P.), note sous Cass. civ., 16 mars 1942, Bernagou c/ Bachelier, *J.* 1942, 1. 105.

ESPESSON-VERGEAT (B.), note sous CA Chambéry, 26 novembre 2002, Société Pernat Industrie c/ SA Banque de Vizille, *D.* 2003, p. 1216.

- , note sous Cass. com., 6 mai 2003, n° 01-12.567, Société-Sanofi Synthélabo c/ Société Laboratoires Yves Rocher, et n° 01-30.172, Société Financière des laboratoires Yves Rocher c/ Société Sanofi-Synthélabo, *LPA* 2004, n° 6, p. 15.

ÉTAIN (P.), note sous Cass. com., 21 janvier 1997, SARL Le Cristal c/ Consorts Groc, *LPA* 1999, n° 30, p. 15.

F.

FAGES (B.), note sous Cass. com., 5 octobre 2004, n°02-17.338, *RTD civ.* 2005, p. 127.

- , obs. Cass. com., 5 octobre 2004, n°02-17.338, *RTD civ.* 2005, p. 127.

- , obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 6 mai 2010, n° 09-66.969, *RTD civ.* 2010.

- , note sous Cass. com., 17 janvier 2012, Santraille c/ Robinson participations, n° 09-17.212, FS-P+B, *RTD civ.* 2012, p. 312.

FAUVARQUE-COSSON (B.), note sous Cass. com., 5 octobre 2004, n°02-17.338, *D.* 2005, p. 2836.

FAVARIO (Th.), note sous Cass. com., 18 février 2014, n° 12-29.752, (n° 197 FS-P+B), *D.* 2014, p. 764.

FERRIER (D.), note sous Cass. com., 5 octobre 2004, n°02-17.338, *D.* 2006, p. 512.

FRISON-ROCHE (M.-A.), note sous Cass. com., 5 octobre 1999, *RD bancaire* 1999, p. 249.

G.

GALLOIS-COCHET (D.), note sous Cass. com., 21 octobre 2008, *Dr. sociétés* 2009, comm. n° 9.

- , note sous Cass. com., 17 janvier 2012, Santraille c/ Robinson participations, n° 09-17.212, FS-P+B, *Dr. sociétés* 2012, comm. n° 64.

- , note sous Cass. com., 21 janvier 2014, n° 12-29.221, F-P+B, Coruch c/ Salama, *Dr. sociétés* 2014, comm. 64.

- , note sous Cass. com., 21 janvier 2014, n° 12-29-221, F-P+B, Coruch c/ Salama, *Dr. sociétés* avril 2014, comm. 64.
- , note sous Cass. com., 11 mars 2014, n° 13-10.366, F-P+B, S. c/ A., *Dr. sociétés* 2014, comm. n° 82.
- , note sous Cass. com., 10 février 2015, n° 13-25.588, SARL Serpal, F-D, *Dr. sociétés* 2015, comm. 67.
- , Cass. com., 10 novembre 2015, n° 14-20.301, *Dr. sociétés* 2016, n° 2, comm. 29.
- GARÇON (J.-P.), note sous Cass. com., 4 janvier 1994, *JCP N* 1995, doct. p. 269.
- , note sous Cass. com., 12 novembre 1996, n° 94-11.370, Consorts Abounayan c/ Société SIFT et autres, *Bull. Joly Sociétés* 1997, p. 219.
- , obs. sous Cass. com., 8 juillet 1997, *Bull. Joly Sociétés* 1997.
- , note sous Cass. 3^{ème} civ., 8 juillet 2015, n° 13-14.348, P+B, Société Bruxys, Société SOGEB et a. c/ M. X., *Bull. Joly Sociétés* 2015, p. 585.
- GAUDEMET (A.), note sous Cass. com., 24 mai 2011, n° 10.24-869, (n° 512, F-P+B), *Rev. sociétés* 2011, p. 482.
- note sous Cass. com., 30 mai 2012, n° 11-16.272, P+B, SARL First Racing c/ G., *Bull. Joly Sociétés* 2012, n° 9, p. 615-618.
- GERMAIN (M.), note sous Cass. com., 5 octobre 1999, *RD bancaire* 1999, p. 249.
- GODON (L.), note sous Cass. com., 1^{er} mars 2011, n° 10-13.795, *Bull. Joly Sociétés* 2011, p. 492.
- note sous Cass. 3^{ème} civ., 8 novembre 2015, n° 13-27.248 (FS-P+B), Société du Musée c/ Henry, *Rev. sociétés* 2016, p. 175.
- GUILBERTEAU (M.), obs. sous CA Paris, 26 octobre 1971, *Rev. sociétés* 1972, p. 713.
- , note sous Cass. com., 7 mai 1973, *Rev. sociétés* 1974, p. 534, 1^{ère} esp.
- GUILLOT (J.-L.), note sous CA Paris, 7 janvier 1994, *Banque et droit* 2000, n° 73, p. 55.
- , note sous Cass. com., 3 avril 1973, *Rev. sociétés* 1974, p. 713.
- GUYON (Y.), note sous Cass. com., 7 mars 1972, *JCP* 1972, II, 17270.
- , note sous Cass. com., 24 octobre 1974, *D.* 1975, p. 209.
- , obs. sous CA Paris, 15^{ème} ch. section A, 26 février 1992, Le Guiffant c/ Société Les trois joyaux, *Rev. sociétés* 1992, p. 382.
- , note sous CA Paris, 7 janvier 1994, *Rev. sociétés* 1994, p. 113.
- , note sous Cass. com., 31 janvier 1995, n° 91-20.037, *JCP G* 1995, II, 22460.
- , note sous Cass. 3^{ème} civ., 21 octobre 1998, *JCP E* 1999, p. 85.
- , note sous CA Paris, 16 janvier 2001, *Rev. sociétés* 2001, p. 133.

H.

- HAUGUEL (J.-B.), note sous Cass. 1^{ère} civ., 28 septembre 2016, n° 15-18.482, P+B, *JCP E* 2017, n° 4, p. 1090.
- HALLOUIN (J.-Cl.), note sous Cass. com., 18 novembre 1997, *D.* 1998, somm. p. 394.
- , obs. sous Cass. com., 8 avril 2008, n° 06-18.362, Société Lamy c/ Société Séché environnement, *D.* 2009, p. 323.
- , note sous Cass. com., 17 janvier 2012, Santraille c/ Robinson participations, n° 09-17.212, FS-P+B, *D.* 2012, p. 2688.
- HAUSER (J.), note sous Cass. com., 18 novembre 1997, *RTD civ.* 1998, p. 889.
- HELLERINGER (G.), obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 6 mai 2010, n° 09-66.969, *RTD civ.* 2010, *D.* 2010, p. 2413.

- , note sous Cass. com., 24 mai 2011, n° 10.24-869, (n° 512, F-P+B), *D.* 2011, p. 2315.

HÉMARD (J.), note sous Cass. com., 19 avril 1972, Société nouvelle Cargo Maritime c/ Société Michaelides, *Rev. sociétés* 1973, p. 105.

- , note sous Cass. com., 10 mars 1976, *Rev. sociétés* 1976, p. 332.

HOUIN (R.), note sous Cass. com., 19 avril 1972, Société nouvelle Cargo Maritime c/ Société Michaelides, *RTD com.* 1972, p. 654.

- , note sous Cass. com., 10 mars 1976, *RTD com.* 1976, p. 533.

HONORAT (J.), note sous Cass. com., 27 juin 1989, Société Barilla c/ Société Rivoire et Carret Lustrucru, *Deffrénois* 1990, art. 1223.

- , note sous Cass. com., 12 janvier 1993, Gustin et Bernard c/ Force 7, *Rev. sociétés* 1994, p. 55.

- , note sous Cass. com., 15 décembre 1998, n° 97-15.897, *Deffrénois* 15 novembre 1999, p. 1184.

HOVASSE (H.), note sous CA Poitiers, 12 novembre 2002, *Dr. sociétés* 2003, comm. 107.

- , obs. sous Cass. com., 31 mars 2004, *Dr. sociétés* 2004, p. 26.

- , note sous Cass. 3^{ème} civ., 6 octobre 2004, Hébert c/ CRCA du Finistère, *JCP E* 2004, p. 1773.

- , note sous Cass. com., 14 décembre 2004, n° 00-20.287, Chupin c/ Vouloir, *Dr. sociétés* 2005, comm. 72.

- , obs. sous Cass. com., 8 avril 2008, n° 06-18.362, Société Lamy c/ Société Séché environnement, *Dr. sociétés* 2008, comm., n° 129.

- , note sous Cass. 1^{ère} civ., 17 décembre 2009, n° 08-19.895, *JCP N* 2010, n° 6, p. 1069.

- , note sous CA Dijon, ch. civ., sect. B., 28 janvier 2010, Mehu c/ Mehu, *JurisData* n° 2010-000226, *Dr. sociétés* 2010, comm. 66.

- , obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 6 mai 2010, n° 09-66.969, *RTD civ.* 2010, *Dr. sociétés* 2010, comm. n° 135.

- , note sous Cass. 1^{ère} civ., 16 septembre 2010, n° 09-68.720, *JCP N* 2010, n° 50, p. 1377.

- , note sous Cass. com., 1^{er} mars 2011, n° 10-13.795, *Dr. sociétés* 2011, p. 25.

- , note sous Cass. 1^{ère} civ., 12 juillet 2012, n° 11-18.453, *RTD com.* 2012, p. 577.

- , note sous Cass. com., 14 mai 2013, n° 12-18.103, P., SCI de La Lande c/ Bailet divorcée Fabbri, *Dr. sociétés* 2013, n° 8-9, comm. 136.

- , note sous CA Colmar, 1^{ère} ch. civ., sect. A, 8 octobre 2014, n° 12/04756, Metz épouse Girondel c/ Hartge, *Dr. sociétés* 2015, n° 1, comm. 4.

- , note sous Cass. 1^{ère} civ., 17 février 2016, n° 15-11.304, *Dr. Sociétés* 2016, comm. 76.

J.

JAMIN (Ch.), note sous Cass. 3^{ème} civ., 12 déc. 2001, *D.* 2002, p. 984.

JEANTIN (M.), note sous CA Paris, 15^{ème} ch., 19 mars 1982, *RTD com.* 1982, p. 258.

- , note sous CA Grenoble 30 juin 1988, *RD bancaire* 1988, p. 200.

- , note sous CA Paris, 12 décembre 1990, *Bull. Joly Sociétés* 1991, p. 595.

- , note sous CA Paris, 23 mars 1993, *RTD com.* 1994, p. 310.

- , obs. sous Cass. com., 27 juin 1989, *Revue de droit bancaire et bourse* 1989, p. 176.

JEULAND (E.), note sous Cass. com., 26 mars 1996, Mme Inguibert née Vignal c/ Mme Albertini, *JCP E* 1996, 884.

L

LACOMBE (J.), note sous Cass. com., 3 avril 1973, *D.* 1973, p. 580.

LAMAZEROLLES (E.), obs. sous Cass. com., 8 avril 2008, n° 06-18.362, Société Lamy c/ Société Séché environnement, *D.* 2009, p. 323.

LEBEL (Ch.) note sous Cass. 1^{ère} civ., 25 janvier 2017, n° 15-28.980, n° 15-28.980, P.-B., *JCP N* 2017, n° 18, p. 1168.

LECENE-MARENAUD (M.), note sous Cass. com., 4 janvier 1994, *Rev. sociétés* 1994, p. 278.

LECOURT (A.), note sous Cass. com., 2 novembre 2011, n° 10-15.887, F-P+B, Lokmane c/ société Lamid, *Rev. sociétés* 2012, p. 161.

- , obs. sous Cass. com., 21 janvier 2014, n° 12-29-221, F-P+B, Coruch c/ Salama, *Rev. sociétés* 2014, p. 437.

LÉCUYER (H.), obs. sous CA Paris, 3^{ème} ch., sect. A, 6 décembre 2005, Consorts S. c/ SCI Val Thorens et autres, *Bull. Joly Sociétés* avril 2006, n° 4, p. 521.

LEGROS (J.-P.), note sous Cass. com., 9 novembre 1993, J.-P. Barrault c/ Société Création J.-P. Simart et autres, *Rev. sociétés* 1994, p. 472.

LEROND (S.), note sous Cass. 3^{ème} civ., 11 février 2014, n° 13-11.197, *Gaz. Pal.* 2014, p. 20.

LIENHARD (A.), note sous Cass. com., 6 mai 2003, n° 01-12.567, Société Sanofi-Synthélabo c/ Société Laboratoires Yves Rocher, et n° 01-30.172, Société Financière des laboratoires Yves Rocher c/ Société Sanofi-Synthélabo, *D.* 2003, p. 1440.

- , note sous Cass. 3^{ème} civ., 6 octobre 2004, Hébert c/ CRCA du Finistère, *D.* 2004, AJ p. 2719, note (A.) LIENHARD.

- , obs. sous Cass. com., 8 mars 2005, *D.* 2005, p. 839.

- , obs. sous Cass. com., 8 avril 2008, n° 06-18.362, Société Lamy c/ Société Séché environnement, *D.* 2008, p. 1207.

- , note sous Cass. com., 24 novembre 2009, n° 08-21.369, *D.* 2009, p. 2924.

- , Cass. 3^{ème} civ., 13 avril 2010, n° 09-65.538, *Rev. sociétés* 2010, p. 319.

- , note sous Cass. com., 18 mai 2010, n° 09-14.855, P+B+I+R, Société Française de gastronomie c/ SAS Larzul, *D.* 2010, p. 1345.

- , note sous Cass. com., 1^{er} mars 2011, n° 10-13.795, *D.* 2011, p. 745.

- , note sous Cass. com., 17 janvier 2012, Santraille c/ Robinson participations, n° 09-17.212, FS-P+B, *D.* 2012, p. 279.

- , obs. sous Cass. com., 21 janvier 2014, n° 12-29-221, F-P+B, Coruch c/ Salama, *JurisData D.* 2014, p. 273.

- , obs. sous Cass. com., 2 février 2016, *D.* 2016, p. 374.

LOUSSOUARN (Y.), obs. sous CA Colmar, 30 janvier 1970, *JCP* 1971, II, 16609.

- , Cass. 3^{ème} civ., 10 mai 1972, *Bull. civ.* 1972, III, n° 297, p. 214, *RTD civ.* 1972, p. 773.

LUCAS (F.-X.), note sous CA Versailles, 28 mai 1998, *Bull. Joly Sociétés* 1998, p. 1055.

- , Cass. ch. mixte, 16 décembre 2005, n° 04-10.986, P, Lustig c/ SCAI Chapaubert, *Dr. sociétés* 2006, comm. 36.

- , note sous CA Pau, 18 mars 2008, n° 06/01330, V. c/ del P. et autres, *Bull. Joly Sociétés* 2008, p. 963.

- , note sous Cass. com., 19 mars 2013, n° 12-15.283, F-P+B, Garavello c/ Kubyn, *Bull. Joly Sociétés* 2013, p. 402.
- LE CANNU (P.), note sous Cass. com., 27 juin 1989, *Bull. Joly Sociétés* 1989, p. 815.
- , note sous Cass. com., 27 mars 1990, *Bull. Joly Sociétés* 1990, p. 442.
- , note sous Cass. com., 24 avril 1990, Jeandet c/ Dassa, *Bull. Joly Sociétés* 1990, p. 651.
- , note sous Cass. com., 9 mai 1990, Roux c/ Charpentier et autres, n° 87-14.375, *Bull. civ.* 1990, IV, n° 145, *Bull. Joly Sociétés* 1990, p. 653.
- , note sous Cass. com., 3 juillet 1990, *Bull. Joly Sociétés* 1990, p. 883.
- , note sous Cass. 1^{ère} civ., 9 juillet 1991, *Gelada, Defrénois* 1991, 35152.
- , obs. sous Cass. com., 11 février 1992, Époux Claden c/ Consorts Ziggelaar, *Bull. Joly Sociétés* 1992, p. 442.
- , note sous Cass. com., 25 février 1992, n° 90-14.975, Naïs c/ Société SDMS et autres, *Bull. Joly Sociétés* 1992, p. 519.
- , note sous CA Paris, 15^{ème} ch. section A, 26 février 1992, Le Guiffant c/ Société Les trois joyaux, *Bull. Joly Sociétés* 1992, p. 547.
- , note sous CA Paris, 8 juin 1993, *Bull. Joly Sociétés* 1993, p. 1126.
- , note sous Cass. com., 4 janvier 1994, n° 91-20.256, *Defrénois* 1994, p. 556.
- , note sous Cass. com., 4 janvier 1994, n° 91-19.680, Pascal c/ CÉ du Cantal, *Bull. Joly Sociétés* 1994, p. 314
- , note sous Cass. com., 13 décembre 1994, Bujon c/ Etarci, *Bull. Joly Sociétés* 1995, p. 152.
- , obs. sous Cass. com., 13 décembre 1994, Affaire du Midi Libre, *Bull. Joly Sociétés* 1995, p. 152.
- , obs. sous Cass. com., 21 mars 1995, Société Alma intervention et autre c/ Mme Roche et autre, *Bull. Joly Sociétés* 1995, p. 529, § 186.
- , note sous Cass. com., 21 janvier 1997, SARL Le Cristal c/ Consorts Groc, *Bull. Joly Sociétés* 1997, n° 5, p. 464.
- , note sous Cass. 3^{ème} civ., 18 juin 1997, n° 1087, P, Société civile immobilière de Caluire c/ Société de gestion Renaud et autre, *Bull. Joly Sociétés* 1997, p. 968.
- , note sous Cass. com., 5 octobre 1999, *Bull. Joly Sociétés* 2000, p. 1219, § 282.
- , note sous CA Versailles, 29 juin 2000, *Bull. Joly Sociétés* 2000, p. 1149.
- , note sous Cass. 3^{ème} civ., 19 juillet 2000, Navarre c/ Gautron, *Bull. Joly Sociétés* 2000, p. 1083.
- , note sous Cass. 2^{ème} civ., 13 juillet 2005, *Bull. Joly Sociétés* 2006, § 43, p. 217.
- , note sous CA Versailles, 12^{ème} ch., sect. 2, 27 janvier 2005, *RTD com.* 2005, p. 365.
- , note sous CA Versailles, 12^{ème} ch., Sect. 2, 27 janvier 2005, *RTD com.* 2005, p. 365.
- , note sous Cass. com., 12 février 2008, SCEA Domaine de Cabriac c/ SA Bernard Taillan France, *Bull. Joly Sociétés* 2009, p. 28.
- , obs. sous Cass. com., 8 avril 2008, n° 06-18.362, Société Lamy c/ Société Séché environnement, *RTD com.* 2008, p. 801.
- , note sous CA Rennes, 17 mars 2009, n°08/011847, *Bull. Joly Sociétés* 2009, p. 768.
- , note sous Cass. com., 24 novembre 2009, n° 08-21.369, *Bull. Joly Sociétés* 2010, p. 318.
- , note sous Cass. com., 18 mai 2010, n° 09-14.855, P+B+I+R, Société Française de gastronomie c/ SAS Larzul, *Rev. sociétés* 2010, p. 374.

- , note sous Cass. com., 9 novembre 2010, n° 09-70.726, FS-P+B, SA Beauté esthétique c/ SARL Detraz et Cie-Les Menaux, *Bull. Joly Sociétés* 2011, p. 122.
- , note sous Cass. com., 24 mai 2011, n° 10.24-869, (n° 512, F-P+B), *RTD com.* 2011, p. 587.
- , note sous Cass. com., 17 janvier 2012, Santraille c/ Robinson participations, n° 09-17.212, FS-P+B, *Rev. sociétés* 2012, p. 370
- , note sous CA Paris, 8^{ème} ch., 4 décembre 2012, n° 11/15313, SAS Pamprœuf distribution et autres c/ SA Les Établissements Ligner, *RTD com.* 2013, p. 94.
- , note sous Cass. com., 19 mars 2013, n° 12-15.283, F-P+B, Garavello c/ Kubyn, *Rev. sociétés* 2014, p. 51.
- , note sous Cass. com., 11 juin 2013, n° 12-22.296, F-PB, *Bull. Joly Sociétés* 2013, p. 624.
- LE NABASQUE (H.), note sous Cass. com., 11 février 1992, Époux Claden c/ Consorts Ziggelaar, *Dr. sociétés* mai 1992, comm. n° 114.
- , note sous CA Paris, 15^{ème} ch. section A, 26 février 1992, Le Guiffant c/ Société Les trois joyaux, *Dr. sociétés* juillet 1992, n° 165.
- , note sous Cass. com., 12 janvier 1993, Gustin et Bernard c/ Force 7, *JCP E* 1993, p. 497.
- , note sous Cass. com., 26 janvier 1993, Madar et Falcone c/ Caudan, n° 91-13.862, *JCP E* 1993, II, 419.
- , note sous Cass. com., 18 mai 1993, Kunegel c/ Urffer, *JCP E* 1994, II, 554.
- , note sous Cass. com., 4 janvier 1994, Pascal c/ CÉ du Cantal, *Dr. sociétés* 1994, comm. 55.
- , note sous Cass. com., 31 janvier 1995, n° 91-20.037, *Rev. sociétés* 1995, p. 320.
- , note sous Cass. com., 24 novembre 2009, n° 08-21.369, *Rev. sociétés* 2011, p. 149.
- , note sous Cass. com., 18 mai 2010, n° 09-14.855, P+B+I+R, Société Française de gastronomie c/ SAS Larzul, *Bull. Joly Sociétés* 2010, p. 651.

M.

- MAINGUY (D.), note sous Cass. com., 2 juillet 2002, Société Opel France c/ SARL Automobile France Finance et a., *JCP G* 2003, II, 10023.
- MASSART (Th.), Cass. com., 7 janvier 2004, n° 26 FD, Consorts X. c/ Consorts X., *Bull. Joly Sociétés* 2004, n° 5, p. 682.
- , note sous Cass. com., 31 mai 2005, n°03-10.955 (n° 817 FD), Sociétés All Suites Hôtel c/ Société Hardy Trust, *Bull. Joly Sociétés* 2005, p. 1396.
- MARMOZ (F.), note sous Cass. com., 18 mai 2010, n° 09-14.855, P+B+I+R, Société Française de gastronomie c/ SAS Larzul, *D.* 2010, p. 2405.
- MATHEY (N.), note sous Cass. com., 26 novembre 2003, Société Alain Manoukian c/ Thierry Wajsfisz, *Rev. sociétés* 2004, p. 325.
- MAZEAUD (D.), note sous Cass. com., 2 juillet 2002, Société Opel France c/ SARL Automobile France Finance et a., *D.* 2003, p. 93.
- , obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 6 mai 2010, n° 09-66.969, *RTD civ.* 2010, *D.* 2010, p. 2178.
- MENJUCQ (M.), obs. sous Cass. com., 15 mai 2007, n° 06-13.484, Société Eurofog c/ SAS Ixsea, *Bull. Joly Sociétés* 2007, p. 1075.
- MERLE (Ph.), note sous CA Rouen, 9 juin 2011, n° 10/05530, SA Dialogue c/ Association Logeo, *Bull. Joly Sociétés* 2011, p. 774.
- MESTRE (J.), note sous Cass. com., 13 juin 1995, n° 92-21.843, Serege c/ Bleuzen, *RTD civ.* 1997, p. 128.

- , Cass. com., 21 janvier 1997, SARL Le Cristal c/ Consorts Groc, *RTD civ.* 1997, p. 652.
- , obs. sous Cass. com., 5 octobre 2004, n°02-17.338, *RTD civ.* 2005, p. 127.
- , obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 6 mai 2010, n° 09-66.969, *RTD civ.* 2010, *Revue Lamy droit des affaires* juillet-août 2010, n° 73.
- MEYNIAL (E.), note sous Cass. req., 23 février 1891, *J.* 1892, I, p. 73.
- MONNET (J.), obs. sous Cass. com., 7 juillet 2004, SA Coprosa, J.-L. Libouban c/ SARL Evoc., R. Cassan, et P. Moll, *Dr. sociétés* 2004, comm. 173.
- , Cass. com., 7 juillet 2004, n° 00-22.411, SA Coprosa c/ SARL Euoc, *Dr. sociétés* 2004, comm. 173.
- , note sous CA Aix-en-Provence, 25 mai 2007, *Dr. sociétés* 2007, comm. 221.
- MONSÉRIÉ-BON (M.-H.), note sous Cass. 3^{ème} civ., 6 octobre 2004, Hébert c/ CRCA du Finistère, *RTD com.* 2005, p. 122.
- , note sous Cass. com., 14 décembre 2004, n° 01-10.893, *Bull. civ.* 2004, IV, n° 230, p. 260, *RTD com.* 2005, p. 126.
- , note sous Cass. ch. mixte, 16 décembre 2005, n° 04-10.986, P, Lustig c/ SCAI Chapaubert, *RTD com.* 2006, p. 148.
- , note sous Cass. com., 29 septembre 2009, n° 08-16.368, F-P+B, Mme Bertrand c/ GAEC Troisel, *RTD com.* 2010, p. 161.
- , note sous Cass. com., 1^{er} mars 2011, n° 10-13.795, *RTD com.* 2011, p. 376.
- , note sous Cass. 1^{ère} civ., 12 juillet 2012, n° 11-18.453, *D.* 2012, p. 2786.
- , note sous Cass. com., 19 mars 2013, n° 12-15.283, F-P+B, Garavello c/ Kubyn, *RTD com.* 2013, p. 530.
- MORTIER (R.), obs. sous Cass. com., 12 février 2008, SCEA Domaine de Cabriac c/ SA Bernard Taillan France, *Dr. sociétés* 2008, n° 4.
- , note sous Cass. 3^{ème} civ., 14 janvier 2009, n° 07-17.619, FS-P+B, Mme Poisson c/ Mme Champagne de Labriolle, *Dr. sociétés* 2009, comm. 70.
- , note sous Cass. com., 29 septembre 2009, n° 08-16.368, F-P+B, Mme Bertrand c/ GAEC Troisel, *Dr. sociétés* 2009, comm. 221.
- , note sous Cass. com. 20 mars 2012, *JCP E* 2012, 1310.
- , note sous Cass. 1^{ère} civ., 4 juillet 2012, n° 11-13.384 (n° FS-PBI), *Dr. sociétés* 2012, comm. 158.
- , note sous Cass. com., 15 janvier 2013, n° 12-11.666, F-P+B, SCI 6 rue de l'Abreuvoir c/ Daniel de la Nézière veuve Fort, *Dr. sociétés* 2013, comm. 42.
- , note sous Cass. com., 19 mars 2013, n° 12-15.283, F-P+B, Garavello c/ Kubyn, *Dr. sociétés* 2013, comm. 98.
- , note sous Cass. com., 11 mars 2014, n° 11-26.915, *Dr. sociétés* 2014, comm. 77 et 78.
- , note sous Cass. 3^{ème} civ., 8 juillet 2015, n° 13-14.348, P+B, Société Bruxys, Société SOGEB et a. c/ M. X., *Dr. sociétés* 2015, comm. 190.
- , note sous Cass. 3^{ème} civ., 15 octobre 2015, n° 14-17.517, F-D, Gustinelli c/ Société Cargèse Holding, *Dr. sociétés* 2016, comm. 3.
- , obs. sous Cass. com., 2 février 2016, n° 14-19.278, F-D, Gauvan c/ Napoléon, *Dr. sociétés* 2016, comm. 139.
- , note sous Cass. Com., 8 mars 2017, n° 15-19.174, F-D, *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière* 2017, n° 36, p. 1260.
- , note sous Cass. Com., 25 janvier 2017, n° 14-29.726, F-D, *JCP E* 2017, n° 20, p. 1262.
- MOULIN (J.-M.), obs. Cass. com., 11 janvier 2017, n° 15-13.025, société CDH, F-D, *Gaz. Pal.* 2017, n° 12, p. 82.
- note sous Cass. com., 29 septembre 2015, n° 14-17.343, F-D, I. c/ Société Socotec France, *Gaz. Pal.* 2016, n° 19, p. 63.

MOURY (J.), note sous Cass. com., 24 novembre 2009, n° 08-21.369, *Rev. sociétés* 2010, p. 21.

- , note sous Cass. com., 17 janvier 2012, Santraille c/ Robinson participations, n° 09-17.212, FS-P+B, *D.* 2012, p. 719.

- , note sous Cass. com., 11 mars 2014, n° 13-10.366, F-P+B, S. c/ A., *D.* 2014, p. 2156.

MOUSSERON (P.), note sous Cass. com., 2 juillet 2002, Société Opel France c/ SARL Automobile France Finance et a., *LPA* 28 octobre 2002, p. 15.

N.

NAUDIN (E.), note sous Cass. 1^{ère} civ., 4 juillet 2012, n° 11-13.384 (n° FS-PBI), *Bull. Joly Sociétés* 2012, p. 608.

- , note sous Cass. 3^{ème} civ., 11 février 2014, n° 13-11.197, *Rev. sociétés* 2014, p. 449.

NOCQUET (P.), obs. sous CA Colmar, 30 janvier 1970, *Rev. sociétés* 1970, p. 299.

O.

OPPETTI (B.), note sous Cass. com., 21 janvier 1970, n° 68-11.085, Société Cassegrain c/ Garnier, *JCP G* 1970, II, 16541.

- , note sous CA Grenoble 30 juin 1988, *JCP* 1989, II, n° 15471.

P.

PACLOT (Y.), note sous Cass. com., 3 juin 1986, *JCP E* 1987, II, 15083.

- , note sous Cass. com., 13 décembre 1994, Bujon c/ Etarci, *JCP E* 1995, II, 705.

PAGNUCCO (J.-Ch.), note sous Cass. com., 10 février 2015, n° 13-25.588, SARL Serpal, F-D, *Bull. Joly Sociétés* 2015, p. 238.

PAILLUSSEAU (J.), note sous Cass. com., 22 octobre 1969, *JCP* 1970, II, 16197.

PARACHKEVOVA (I.), note sous Cass. com., 17 janvier 2012, Santraille c/ Robinson participations, n° 09-17.212, FS-P+B, *RLDA* 2012/69, n° 3899.

PATARIN (J.), obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 22 décembre 1969, *JCP* 1970, II, 16473.

PIAZZON (T.), note sous Cass. ch. mixte, 26 mai 2006, n° 03-19.376, *RTD civ.* 2009, p. 43.

PIC (P.), note sous Cass. req., 9 octobre 1940, *D.* 1942, p. 115.

PORACCHIA (D.), obs. sous Cass. com., 22 octobre 2002, *Dr. et patrimoine* 2003, p. 97.

- , note sous Cass. ch. mixte, 16 décembre 2005, n° 04-10.986, P, Lustig c/ SCAI Chapaubert, *Dr. et patrimoine* 2006, p. 105.

- , obs. sous Cass. com., 8 avril 2008, n° 06-18.362, Société Lamy c/ Société Séché environnement, *Bull. Joly Sociétés* 2008, p. 585.

- , note sous Cass. 3^{ème} civ., 14 janvier 2009, n° 07-17.619, FS-P+B, Mme Poisson c/ Mme Champagne de Labriolle, *Rev. sociétés* 2009, p. 366

- , note sous Cass. com., 1^{er} mars 2011, n° 10-13.795, *Dr. et patrimoine* 2012, p. 83.

PORCHERON (S.), note sous Cass. 3^{ème} civ., 13 avril 2010, n° 09-65.538, *AJDI* 2010, p. 826.

R.

RABREAU (A.), obs. sous Cass. com., 31 mars 2004, *JCP E* 2004, p. 929.

- , note sous Cass. 1^{ère} civ., 12 juillet 2012, n° 11-18.453, *Dr. sociétés* 2012, comm. 180.

RABUT, note sous Cass. com., 18 octobre 1967, *JCP II* 1968, 15684.

- , note sous Cass. com., 10 mars 1976, *JCP G* 1976, II, 18406.

RANDOUX (D.), note sous Cass. com., 24 octobre 1974, *Rev. sociétés* 1975, p. 251.

- , note sous Trib. com. Paris, 12 mars 1979, *Rev. sociétés* 1980, p. 284.

- , note sous CA Paris, 19 février 1979, (2 espèces), *Rev. sociétés* 1980, p. 283.

- , note sous Cass. com., 13 octobre 1992, *Rev. sociétés* 1993, p. 578.

- , note sous Cass. com., 13 décembre 1994, Bujon c/ Etarci, *Rev. sociétés* 1995, p. 298.

- , obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 6 mai 2010, n° 09-66.969, *RTD civ.* 2010, *Rev. sociétés* 2010, p. 511.

RAVEL D'ESCLAPON (Th.), note sous Cass. 3^{ème} civ., 15 septembre 2016, n° 15-15.172 (FS-P+B), M. c/G., *Rev. sociétés* 2017, p. 30.

- obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 12 novembre 2015, n° 14-24.076, *JCP N* 2016, n° 28, p. 1231.

REIGNÉ (Ph.), note sous Cass. com., 17 octobre 1989, SA Kaolins d'Arvor, *RF compt.* 3/1990, p. 54.

REINHARD (Y.), note sous Cass. com., 3 juin 1986, Groupement aptésien de la cerise industrielle Aptunion c/ société Clerici et compagnie, *Rev. sociétés* 1987, p. 52.

- , note sous CA Grenoble 30 juin 1988, *RDC* 1988, p. 640.

- , note sous Cass. com., 27 juin 1989, *D.* 1990, p. 50.

- , obs. sous CA Paris, 18 février 2000, *RTD com.* 2000, p. 390.

RIPERT (G.), note sous CA Angers, 9 novembre 1949, *D.* 1950, jurispr. p. 146.

- , note sous Cass. com., 22 octobre 1956, *D.* 1957, p. 177.

ROUSSILLE (M.), note sous Cass. com., 24 novembre 2009, n° 08-17.708, F-D, Follain et Visini c/ Direction nationale d'interventions domaniales (DNID) et Moyrand, *Dr. sociétés* 2010, comm. 49.

- , note sous CA Rouen, 9 juin 2011, n° 10/05530, SA Dialogue c/ Association Logeo, *Dr. sociétés* 2011, n° 10, comm. 171.

- , note sous Cass. com., 30 mai 2012, n° 11-16.272, P+B, SARL First Racing c/ G., *JCP E* 2012, n° 37, p. 1525.

S.

SAINTOURENS (B.), note sous Cass. com., 26 janvier 1993, Madar et Falcone c/ Caudan, n° 91-13.862, *Rev. sociétés* 1993, p. 422, note (B.) SAINTOURENS.

- , note sous Cass. com., 2 juillet 1996, SARL Polyclinique de Deauville et autres c/ Bonhomme, *Rev. sociétés* 1997, p. 345.

- , note sous Cass. 3^{ème} civ., 6 octobre 2004, Hébert c/ CRCA du Finistère, *Rev. sociétés* 2005, p. 152.

- , note sous Cass. com., 17 mars 2009, n°08-11.268, *Bull. Joly Sociétés* 2009, p. 847.

- , note sous Cass. com., 29 septembre 2009, n° 08-16.368, F-P+B, Mme Bertrand c/ GAEC Troisel, *Rev. sociétés* 2010, p. 42.

- , note sous Cass. com., 7 décembre 2010, n° 09-17.351, *Rev. sociétés* 2011, p. 296.
- , note sous Cass. com., 21 janvier 2014, n° 12-29-221, F-P+B, Coruch c/ Salama, *Bull. Joly Sociétés* 2014, n° 4, p. 250.
- , obs. sous Cass. com., 11 mars 2014, n° 13-10.366, F-P+B, S. c/ A., *Rev. sociétés* 2014, p. 384.
- , note sous Cass. ch. mixte, 16 décembre 2005, n° 04-10.986, P, Lustig c/ SCAI Chapaubert, *Rev. sociétés* 2006, p. 327.
- SCHILLER (S.), obs. sous Cass. com., 8 avril 2008, n° 06-18.362, Société Lamy c/ Société Séché environnement, *JCP E* 2008, p. 1950.
- SCHMIDT (D.), note sous Cass. com., 19 avril 1972, Société nouvelle Cargo Maritime c/ Société Michaelides, *D.* 1972, jurispr. p. 538.
- , note sous Cass. com., 11 février 1980, Allemand c/ Allemand, *Rev. sociétés* 1980.
- SIMLER (Ph.), note sous Cass. 1^{ère} civ., 9 juillet 1991, *Gelada*, *JCP G* 1992, I, 3614.
- SORTAIS (J.-P.), note sous Cass. com., 19 juin 1990, *Rev. sociétés* 1990, p. 621.
- STOFFEL-MUNCK (Ph.), 3 novembre 2004, n°02-17.919, *RDC* 01 avril 2005, n°2, p. 288.
- , note sous Cass. com., 11 mars 2014, n° 11-26.915, *Dr. et patrimoine* 2014, n° 238, p. 88.

T.

- THULLIER (B.), note sous Cass. com., 6 mai 2003, n° 01-12.567, Société Sanofi Synthélabo c/ Société Laboratoires Yves Rocher, et n° 01-30.172, Société Financière des laboratoires Yves Rocher c/ Société Sanofi Synthélabo, *JCP G* 2003, p. 2046.
- TREARD (S.), note sous Cass. com., 22 mars 2016, n° 14-14.218, FS-P+B, *D.* 2016, p. 1037.

U.

- URBAIN-PARLEANI (I.), note sous CA Paris, 19 septembre 2003, *Rev. sociétés* 2004, p. 425.
- , note sous CA Paris (3^{ème} ch. sect. B), 9 février 2006, Société Eurofog c/ SAS Ixsea, *Rev. sociétés* 2006, p. 431.

V.

- VELARDOCCHIO (D.), note sous Cass. com., 9 novembre 1993, J.-P. Barrault c/ Société Création J.-P. Simart et autres, *D.* 1994, p. 435.
- VIANDIER (A.), note sous Cass. com., 13 juin 1984, SA Masson c/ Société Librairie Maloine, *JCP* 1984, II, 20405.
- , note sous CA Grenoble 30 juin 1988, *JCP* 1989, II, n° 15471, *RD bancaire* 1988, p. 200.
- , obs. sous Cass. com., 27 juin 1989, *Revue de droit bancaire et bourse* 1989, p. 176.
- , note sous CA Paris, 25 septembre 1992, *JCP E* 1993, I, 250.
- , note sous Cass. com., 4 janvier 1994, Pascal c/ CÉ du Cantal, *JCP E* 1994, I, 363, n° 9.
- , note sous Cass. com., 21 mars 1995, n° 93-14.564, Société Alma Intervention SNC c/ Roche, *JCP E* 1995, I, 475.
- , note sous Cass. com., 5 octobre 1999, *JCP* 2000, I, 205, n° 3.
- , obs. sous Cass. com., 25 avril 2006, SA LMO c/ SA SIIHP, *Rev. sociétés* 2006, p. 793.

- , note sous Cass. 3^{ème} civ., 20 mars 2013, *JCP E* 2013, 1243.

VIDAL (D.), note sous Cass. com., 25 novembre 2015, n° 14-14.003, FS-P+B+I, *Lexbase Hebdo éd. affaires* 2016, n° 450.

VINEY (G.), note sous Cass. Ass. plén., 6 octobre 2006, n° 05-13.255, *D.* 2006, p. 2825.

W.

WICKER (G.), note sous Cass. com., 6 mai 2003, n° 01-12.567, Société Sanofi Synthélabo c/ Société Laboratoires Yves Rocher, et n° 01-30.172, Société Financière des laboratoires Yves Rocher c/ Société Sanofi Synthélabo, *JCP E* 2003, p. 1335.

- , note sous Cass. com., 8 mars 2005, *JCP E* 2005, p. 1046, n° 9.

- , Cass. ch. mixte, 16 décembre 2005, n° 04-10.986, P, Lustig c/ SCAI Chapaubert, *JCP E* 2006, p. 2035, n° 9.

Z.

ZATTARA-GROS (A.-F.), note sous Cass. com., 1^{er} mars 2011, n° 10-13.795, *Gaz. Pal.* 2011, p. 19.

ZENATI (F.), obs. sous Cass. com., 4 janvier 1994, *RTD civ.* 1994, p. 644.

Auteurs inconnus.

X., obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 22 décembre 1969, *Rev. sociétés* 1970, p. 462.

X., obs. CA Paris, 31 mars 1981, Aaron c/ Consorts Amaury, *Gaz. Pal.* 1981, 2, p. 513

X., Cass. com., 15 avril 1982, n° 80-15.566, P+B, SA du Cercle d'Aix-Les-Bains, c/ Rinck, *Rev. sociétés* 1983, p. 343.

IX – Arrêts et jugements.

CJUE.

CJUE, 5 mars 2015, Aff. 343/13, Modelo Continente Hypermercados SA c/ ACT.

Cour de cassation.

Cass. req., 8 novembre 1880, *S.* 1881, 1, p. 248.

Cass. req., 13 mars 1882, *D.* 1883, I, p. 83.

Cass. req., 9 janvier 1928, *Journ. sociétés* 1930, p. 72.

Cass. com., 29 mars 1955, *Bull. civ.* 1955, III, p. 97.

Cass. com., 23 décembre 1957, *D.* 1958, p. 267.

Cass. com., 12 février 1963, *Bull. civ.* 1963, III, n° 103, *D.* 1963, somm. 95.

Cass. com., 4 décembre 1963, *Bull. civ.* III, n° 346.

Cass. 1^{ère} civ., 15 décembre 1965, *Bull. civ.* 1965, I, n° 717.

Cass. com., 20 janvier 1971, *Rev. sociétés* 1971, p. 540.

- Cass. com., 7 mai 1973, *Bull. civ.* 1973, IV, p. 144.
- Cass. com., 10 mars 1976, *Bull. civ.* 1976, IV, p. 80.
- Cass. soc., 29 avril 1980, *Bull. Joly Sociétés* 1980, p. 613, § 310.
- Cass. com., 29 novembre 1982, Asselin c/ SARL Zammarchi, n° 81-13.117, *Bull. civ.* 1982, IV, n° 379.
- Cass. com., 24 février 1987, *D.* 1987, IR, p. 56.
- Cass. 3^{ème} civ., 6 mai 1987, n° 85-13. 702.
- Cass. 1^{ère} civ., 22 juillet 1987, n° 85-15.319.
- Cass. com., 4 novembre 1987, n° 86-10.027, *JurisData* n° 1987-701701.
- Cass. com., 27 mars 1990, Boyer c/ Lastella et autres, *D.* 1991, p. 503.
- Cass. 1^{ère} civ., 9 janvier 1996, n° 93-19.468, *RJDA* 1996, n° 58.
- Cass. com., 18 novembre 1997, n° 35 - 16.371, (n° 2313 P), Flaugnatti c/ Société technibat.
- Cass. 1^{ère} civ., 25 novembre 2003, n° 00-22.089, *JurisData* n° 2003 -021051.
- Cass. com., 30 novembre 2004, *RJDA* 2004, n° 270.
- Cass. com., 19 avril 2005, n° 03-11.790, *JurisData* n° 2005-028186.
- Cass. com., 11 décembre 2007, *Bull. civ.* IV, n° 174 ; *RJDA* 4/08, n° 429.
- Cass. com., 5 mai 2009, n° 08-17.465, *JurisData* n° 2009-048051.
- Cass. com., 15 décembre 2009, n° 08-21.037.
- Cass. com., 16 février 2010, n° 09-11.668 ; *Bull. Joly Sociétés* 2010, p. 624 ; *D.* 2010, p. 581 ; *RJDA* 2010.
- Cass. com., 28 janvier 2014, n° 12-27.703, (P-B).
- Cass. com., 5 juillet 2016, n° 14-23.904, n° 654 FS-D.

Cours d'appel.

- CA Rennes, 14 avril 1904, *Journ. sociétés* 1904, p. 426.
- CA Lyon, 5 février 1936, *Journ. sociétés* 1938, p. 228.
- CA Paris, 4 janvier 1957, *Gaz. Pal.* 1957, 1, p. 235.
- CA Bordeaux, 4 janvier 1961, *Rev. sociétés* 1961, p. 65.
- CA Paris, 4 novembre 1964, *Gaz. Pal.* 1964, 1, p. 280.
- CA Paris, 12 juillet 1974, *Lamy sociétés* 1974, n° 2928.
- CA Lyon, 18 mars 1976, *Rev. sociétés* 1978, p. 102.
- CA Aix-en-Provence, 13 janvier 1977, *Rev. sociétés* 1977, p. 711.
- CA Paris, 6 novembre 1992, *D.* 1993, IR p. 48.
- CA Paris, 21 mai 1996, *JurisData* n° 1996-021191.
- CA Versailles, 12^{ème} ch., 14 octobre 1999, n° 97-9857, Kardouss c/ Collet.

CA Rennes, 10 janvier 2001, n° 00/02609, rectifié le 18 avril 2001, Société Sanofi-Synthélabo c/ Société Laboratoires Yves Rocher.

CA Paris, 23 novembre 2005, *RJDA* 2005, n° 539.

CA Paris, 9 décembre 2008, n° 07/20084.

CA Chambéry, ch. civ., 1^{ère} section, 31 octobre 2017, n° 16/00971.

Tribunaux de première instance.

Trib. com. Paris, 2^{ème} ch., 13 mars 2007, *JurisData* n° 2007-344400, *JCP E* 2007, p. 2479.

X. – Dictionnaires juridiques et généraux.

CORNU (G.), (sous la direction de), *Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant*, préf. G. Cornu, P.U.F., coll. Quadridge, 11^{ème} éd., 2016.

GAFFIOT (F.), *Le Grand Gaffiot, Dictionnaire Latin-Français*, éd. Hachette, 2012.

GUILLIEN (R.), VINCENT (J.), sous la direction de GUINCHARD (S.) et MONTAGNIER (G.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 24^{ème} éd., 2016.

Larousse, Dictionnaire des synonymes et des contraires, Paris, Larousse, coll. Les grands dictionnaires, 2009.

Le Petit Larousse illustré 2051, Paris, Larousse, 2016.

DUBOIS (J.), MITTERAND (H.), DAUZAT (A.), (sous la direction de), *Dictionnaire Larousse étymologique et historique du français*, coll. Les Grands dictionnaires, 2011.

Le Petit Robert, Paris, 2014.

XI – Rapports, dossiers, propositions de loi et avis.

Avis de la Commission de législation civile et criminelle, Chambre des députés n° 5165, session extraordinaire de 1922.

Avis de l'Association Nationale des Sociétés par Actions, « Clause d'agrément à l'égard des héritiers bénéficiaires de stock options », CJ du 5 février 1992, n° 190.

Avis de l'Association Nationale des Sociétés par Actions, « Stock options – Clause d'agrément opposable aux héritiers des bénéficiaires : cas des groupes », CJ du 3 mars 1993, n° 232.

Avis de l'Association Nationale des Sociétés par Actions, « LOI DDOEF, Mesures diverses », Avril-mai 1998, n° 2951.

Avis de l'Association Nationale des Sociétés par Actions, « SAS : la clause statutaire d'agrément peut-elle viser les transferts d'actions résultant d'une succession ? », CJ du 1^{er} décembre 2010, n° 10-070.

Actes du colloque « Les garanties dans les cessions de droits sociaux », sous la direction de GERMAIN (M.), Colloque organisé par l'association Droit et Commerce, Gazette du Palais, Journal spécial des sociétés, 2010, n° 139.

Dossier « Clauses d'agrément dans les sociétés anonymes », par MERCADAL (B.), JANIN (Ph.), Francis Lefebvre, 2010.

Dossier Le patrimoine professionnel d'affectation (premières analyses de l'E.I.R.L.), *Droit et patrimoine* 2010, n° 191.

Entreprise et patrimoine, destins croisés, colloque de Deauville organisé par l'association Droit et Commerce, in *numéro spécial Gaz. Pal.*, 19 mai 2011, n° 139.

L'apport en société dans tous ses états, colloque du 17 novembre 2009, organisé par le Master 2 Juriste d'affaires de la Faculté Jean Monnet (Paris XI), in *Supplément thématique BJS* 2009, p. 1148.

L'appréhension par le droit de l'incorporalité, colloque international sous la direction de M.-L. Cécile Delfosse, 21 novembre 2008, Université de Rennes 1, in *Numéro spécial Revue Lamy Droit civil*, 11/2009, n° 65.

L'échange des consentements, in *Revue de jurisprudence commerciale*, numéro spécial dirigé par M.-A. Frison-Roche, novembre 1995.

Proposition de loi portant statut d'une société fermée, n° 438, Sénat, annexe au procès-verbal de la séance du 29 juillet 2004, présentée par Messieurs Jean-Guy Branger et Jean-Jacques Hyest.

Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2015-1127 du 10 septembre 2015 portant réduction du nombre minimal d'actionnaires dans les sociétés anonymes non cotées.

Rapport AFEP, ANSA, MEDEF, *Pour un droit moderne des sociétés*, 2003.

Rapport de la Commission européenne, *Modernisation du droit des sociétés et renforcement du gouvernement d'entreprise dans l'Union européenne- un plan pour avancer*, COM/2003/284, 21 mai 2003.

Rapport CCIP, *Pour une réforme du droit de la société anonyme non cotée*, 23 octobre 2003.

Rapport CNPF, *Pour une réforme en profondeur du droit des sociétés*, juillet 1996, p. 10.

Rapport du groupe de haut niveau d'experts en droit des sociétés, *Un cadre réglementaire moderne pour le droit européen des sociétés*, Bruxelles, 2002, p. 38.

Rapport Marini, *Sur la modernisation du droit des sociétés*, La documentation française, 1996.

Rapport Warsmann, *Simplifions nos lois pour guérir un mal français: rapport sur la qualité et la simplification du droit – Rapport au Premier ministre*, La documentation française, 2009.

XII – Journal officiel.

JOAN CR, 11 juin 1965, p. 2018.

JOAN CR, 11 juin 1965, p. 2053

JOAN CR 27 avril 1966.

JO Sénat CR, 27 avril 1966, p. 348.

JO Sénat CR, 27 avril 1966, p. 351

JOAN Q, 1^{er} février 1969, p. 267.

JO Sénat, 12 mai 1982, p. 1953.

JO Sénat, 19 décembre 1990, p. 3589.

Rép. min. JOAN, 10 octobre 1968, p. 3327

Rép. min. JOAN, 30 décembre 1972, p. 6467.

XIII – Articles de presse.

ARRIVET (D.), « Les entreprises familiales, toujours au cœur de l'économie », *Le Figaro*, Entreprises et emplois, n° 22502, 14 décembre 2016, p. 2.

BELLOUEZANE (S.), « Si tu es un jeune développeur de talent, appelle-nous ... », *Le Monde*, 19 septembre 2015, p. SCQ2.

CASTETI (C.), « Les multiples chemins de la transmission », *Décideur Magazine*, 1^{er} juillet 2017.

CESSAC (M.), « La famille Tata veut chasser l'ancien patron de toutes ses sociétés », *Les Echos*, 13 décembre 2016, p. 19.

De la TOUR d'ARTOISE (Th.), « Les entreprises familiales doivent ouvrir leur capital », *Le Monde*, Entreprises, 19 novembre 2016, p. SCQ7.

FAY (P.), « La famille, un label qui plaît aux marchés », *Les Echos*, Finance et marché, 25 janvier 2017, p. 30.

FILATRIAU (O.), BATTO (V.), « En 2012, plus d'immatriculations d'auto-entreprises, moins de créations de sociétés », *INSEE première*, janvier 2013.

LANDRIEU (V.), « Ce que les ETI [entreprises de taille intermédiaire] peuvent nous apprendre », *Les Echos Executive*, 2 octobre 2017, p. 1.

MOLGA (P.), « Créer son entreprise à plusieurs, pour le meilleur ou pour le pire », *Les Echos*, 14 octobre 2015, p. sup2.

PIERRON (V.), « Entreprises familiales ou détenues par leurs salariés, les clés du succès », *Publinter*, Banques des entreprises, 19 juin 2017, n° 305 ;

SALENTEY (P.), « Oscar A. KAMBLY : “La force des ETI [entreprises de taille intermédiaire], c'est celle de David contre Goliath” », *Les Echos*, 6 décembre 2016 ;

WOITIER (Ch.), « Pourquoi Vivendi investit dans Ubisoft », *Le Figaro Économie*, n° 22147, 23 octobre 2015, p. 24.

X., « Les entreprises familiales se placent en partenaires financiers de la vie locale », *Les Echos Business*, 18 mai 2016 ;

INDEX ANALYTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphe)

- A -

Abus de droit : 160, 354-1, 405, 439, 469, 621 et s.

- Abus de majorité/minorité : **383 et s.**, 623 et s.

Acte unilatéral de volonté : 10, 162, 401, 443, 512-1.

Actions :

- Droit commun : 43, **129**.
- Historique : 36 et s.
- Source de l'agrément : 43, 98, 110, 118, **152** (droit prospectif).

- Titre négociable : v. *titre*.

Acceptation : 403-2.

Adjudication : **300**.

- Adjudicataire : 444, 474 et s., 476.
- Prix : 476, 540 et s. (droit prospectif).

Affectio societatis : 2, 162, 182, 185, **587**.

- Défaut lors d'une cession de droits sociaux : v. *cession*.

Agrément :

- - conditionnel : 400 et s. (v. aussi *décision sociale*).

- Sanction de l'- : **403 et s.**, 598.

- - obligatoire (droit prospectif) : **137 et s.**, 173 et s., 185, 279.

- - rétractable : 635 (droit prospectif).

- Analyse sémantique : 5 et s.

- But : 11 et s., n° 74.

- Caducité : 390.

- Caractères : v. *décision sociale*.

- Clause :

▪ Interprétation : 193 et s., 263 et s.

- Condition suspensive : **48 et s.**, 319, 334, 397, 400 et s., 458 (droit prospectif).

- Décision sociale : v. ce mot.

- Définition :

▪ Juridique : 8 et s.

▪ Synonymique : 8.

▪ Droit privé : 9.

▪ Droit public : 9.

▪ Droit des sociétés : 10.

- Discrétionnaire : 405 (v. aussi *décision sociale*), 444-3 (droit prospectif).

- Domaine : 82 et s., 137 et s. (droit prospectif).

- Violation : 595.

- Faits générateurs : v. ce mot.

- Historique : 31 et s.

- Nature juridique : v. *agrément, condition suspensive*.

- Procédure d'- : v. ce mot.

- Publicité de la clause d'- : 293 et s., 416 (droit prospectif).

- Rachat consécutif à un refus d'- :

▪ Date de la prolongation du délai : 498.

▪ Date d'acquisition des droits sociaux du cédant : 499, **531 et s.** (droit prospectif).

▪ Définition du rachat : 464.

▪ Délai de paiement : 474, 493-2, 499, 526 (droit prospectif).

▪ Domaine du rachat : 465 et s., 520 et s. (droit prospectif).

▪ Droit prospectif : 518 et s.

▪ Expertise : v. ce mot.

▪ Genèse du - : 466.

▪ Indemnisation des héritiers : v. *héritier*.

▪ Obligation de rachat : **469 et s.**

○ Anéantissement rétroactif : 605.

○ Délai d'exécution : 491 et s., 531 et s. (droit prospectif).

○ Modalités d'exécution : 470 et s., 524 et s. (droit prospectif).

○ Objet : 472 et s., 526 et s. (droit prospectif).

- Offre : 376.
 - Prix : 477, 486, 502 et s., 537 et s. (droit prospectif).
 - Régime : 470 et s., 643 (droit prospectif).
 - Valeur des droits sociaux en cas de décès : v. *héritier*.
 - Dans une société en nom collectif : v. ce mot.
 - Dans une société en commandite simple : v. ce mot.
 - Réduction de capital : v. ce mot.
 - Refus du bénéficiaire d'une opération de restructuration : v. *opération de restructuration*.
 - Refus des héritiers : v. *héritier*.
 - Sanction du défaut de rachat : v. ce mot.
 - Source du rachat : 462 et s., 518 et s. (droit prospectif).
 - Terme de l'obligation de rachat : 604-1 et -2, 533 (droit prospectif).
 - Société cotée : 41, **43**, 110, **178 et s.**
 - Stipulation de la clause d'- : v. *statuts*.
 - Stipulation de la clause de dispense d'- (droit prospectif) : 412 et s
 - Vote :
 - De la stipulation de la clause d'- : 291 et s.
 - De l'- : **361 et s.**
 - Les aménagements du vote de l'- : 377 et s.
 - En présence d'héritiers : 385 et s.
 - Droit prospectif : 440 et s.
- Analyse structurale** (de la règle de droit) : 140.
- Apport** :
- - en industrie : 134.
 - - de droits sociaux : 219.
 - - partiel d'actifs : 201, **227 et s.**
 - Droit prospectif : 273 et s.
- Ascendant** : 95 et s., 115 et s., 126-2 et s., 144 et s., 260, 368-2., 586.
- Assemblée générale** : v. *organe social*.
- Associé** :
- Cédant :
 - Droit de repentir : v. ce mot.
 - Droit de retrait : v. ce mot.
 - Responsabilité civile : 586.
 - Cessionnaire : 236 et s (v. aussi ce mot).
 - Décès : 22, 86-1, 297 et s.
 - Définition : 236.
 - Engagement (augmentation ou diminution de l'-) : 291.
 - Influence de leur personnalité sur la nature de la société : 157.
 - Mobiles : 141, 185.
 - Responsabilité civile : 86-1, 625.
- Augmentation de capital** : 220.
- B-**
- Bénéfices** : 162, 166, 169, 231, 439, 458, 468-2, 587, 656.
- Bien** : 167.
- Droit des - : 26, 81, 178 (droit prospectif).
- But** :
- - de l'engagement sociétaire : v. *société, contrat*.
 - Mobiles de l'associé : v. *associé*.
- C -**
- Caducité** :
- - de l'agrément : v. *agrément*.
 - - de l'attribution des droits sociaux : 417.
- Capital social** : 134.
- Augmentation de - : v. ce mot.
 - - d'une société associée : 199.
 - Droit prospectif : 184.
 - Réduction de - : v. ce mot.
- Cédant** :

- Associé : v. ce mot.
- Conflit d'intérêts : v. ce mot.
- Notification : v. ce mot.

Cession :

- - de contrôle : 160, 199, 202, 258.
- - de droits sociaux : **165 et s. , 193 et s.** (v. également : *transfert*).
- *Affectio societatis* (défaut lors d'une -) : 587.
- Assimilation à une - : 205 et s.
- Définition : 195.
- - indirecte : 199.

Cessionnaire : 91 et s.

- Associé : v. ce mot.
- Conflit d'intérêts : v. ce mot.
- Désistement : 604.
- Notification : v. ce mot.
- Rachat en cas de refus d'agrément : 473 et s.
- Tiers : v. ce mot.

Choix du cocontractant : v. *liberté contractuelle*.

Clause :

- - d'agrément : v. ce mot.
- - d'attribution dans le contrat de mariage d'un associé : 487.
- - de continuation : 298 et s., 453 et s. (droit prospectif).
- - de dispense d'agrément : v. *agrément*.
- - de dissolution : 25.
- - d'éviction : 26, 445-2.
- - d'exclusion : 51, 445-2.
- - d'inaliénabilité : 51.

- - de préemption ou de préférence : 51, 221, 290.

- - de retrait : 468-1.

- - de rachat : v. ce mot.

- - réputée non écrite : 468-1 et s., 594 et s., 639 et s. (droit prospectif) ; (v. également : *condition suspensive*).

Communauté de biens :

- Liquidation : v. ce mot.

- Revendication du conjoint : v. ce mot.

Condition résolutoire : 512-1, **605 et s.**, 644 (droit prospectif).

Condition suspensive : v. *agrément*.

- - réputée non-écrite : 403.

Confirmation : v. *nullité*.

Conflit d'intérêts : **353 et s.**, 370, **381 et s.**, 439 (droit prospectif).

Conjoint : **95 et s.**, 116, 118, 126 et s., 238 et s., 245 et s.

- Droit prospectif : 151 et s., 278 et s.

- Refus d'agrément : 481.

- Revendication de la qualité d'associé : v. ce mot.

Conseil d'administration : : v. *organe social*.

Conseil de surveillance : : v. *organe social*.

Consentement :

- - à la cession des parts sociales (SNC) : 334.

- - au contrat de société : 162.

Contrat :

- Cession de - : 22, 168, **172 et s.**

- - de concession : 445-3.

- - de société : v. *société*.

- - organisation : v. *société*.

- Structure du - : 20.

Contrôle : v. *cession*.

Convention de croupier : 2, 35, 59, 61, 168, 464, 468-2, 568, 581, **585**, 633 (droit prospectif).

Convention de portage : 233.

Créance :

- Cession de - : 166.
- - de rachat : v. *agrément*.

Crédit-bail (de droits sociaux) : 215.

- **D** -

Décision sociale : 329 et s.

- Agrément : v. ce mot.
- Caractères :
 - Droit prospectif : 444 et s.
 - Généraux : 399.
 - Spéciaux : 407.
- Délai : v. *procédure*.
- Droit prospectif : **428 et s.**
- Notification : v. ce mot.
- Nullité : v. ce mot.
- Vote : v. ce mot.

Délégation (opération tripartite) : **174**.

Délégation de pouvoir : v. *organe social*.

Délibération : v. *décision sociale*.

Démembrement (des droits sociaux) : **231 et s.**, 275, 464 et s.

Descendants : 95 et s., 115 et s., 126-2 et s., 144 et s., **237 et s.**, 260, 368-2., 586 (v. aussi *ascendants*).

Dévolution patrimoniale : v. transmission.

Directoire : **294**.

- Président du - : 345.

Dirigeants : 345, 437 et s. (droit prospectif). V. également *conflit d'intérêts*.

Dissolution : v. *société*.

Dividendes : v. *bénéfices*.

Droit des biens : v. *biens*.

Droit comparé : **56 et s.**

- - allemand : 66.
- - belge : 63, 70.
- - britannique : 57, 182.
- - espagnol : 61.
- - italien : 65, 69.
- - luxembourgeois : 62, 538.
- - néerlandais : 58, 181.
- - suisse : 64, 71.
- - québécois : 59, 68.

Droit discrétionnaire : v. *décision sociale*.

Droit potestatif : 504, **513-1**, 521 (droit prospectif).

Droit de préemption : 469.

Droit de repentir : **510 et s.**, **541 et s.** (droit prospectif).

- Définition : 513.
- Exercice : 514 et s.
- Fondement : 389, 512.
- Notification : 515.

Droit de retrait : 32, 468-1, 513-1, 604-2.

- Droit prospectif : 185, **520 et s.**

Droit des successions : v. *succession*.

Droit de veto : **379 et s.**, 438 et s., 529.

Droits sociaux : 170.

- Actions : v. ce mot.
- Cession de - : v. *cession*.
- Parts sociales : v. ce mot.

Droit préférentiel de souscription : 213 et s.

- E –

Échange (de droits sociaux) : 229.

Enrichissement injustifié : 549, 579, 626.

Expertise (de l'article 1843-4 du Code civil) : 502 et s., 536 et s. (droit prospectif).

- Frais d'expertise : 509, 540 (droit prospectif).

- Tiers estimateur : v. *tiers*.

- F –

Faits générateurs : 190 et s.

- Cession (de droits sociaux) : 192 et s. (v. également ce mot).

▪ Droit prospectif : 269 et s.

- Nantissement (de droits sociaux) : v. ce mot.

- Transmission (de droits sociaux) :

- Liquidation du régime matrimonial d'un associé : 245 et s. (v. également *liquidation*)

- - successorale : 253 et s. (v. également : *héritier*).

- - universelle de patrimoine consécutive à une opération de restructuration : 201 et s., 258 (v. également *opérations de restructuration*).

Familial :

- PME/groupement - : 74, 540, 656.

- Transmission - : v. ce mot.

Fiction : 278.

Fusion : 201, 203, 259 et s.

Fraude : 586 et s., 635 et s. (droit prospectif).

- Preuve : 587.

- G –

Garantie de passif : 174.

Gérance : 336 et s., 353, 437 (droit prospectif).

- Obligation d'information : v. ce mot.

- H –

Héritier : 112 et s., 239, 249 et s.

- Distinction du titre de la finance : 397 et s., 458, 482.

▪ Droit prospectif : 151, 452 et s.

- Indemnisation : 481 et s., 550 et s. (droit prospectif).

- Indivision : v. ce mot.

- Légataire : v. ce mot.

- Notification : v. ce mot.

- Refus d'agrément : 479 et s., 548.

- Succession : v. ce mot.

- Vote de l'agrément d'un - : 385 et s.

- I –

Impérativité : 74, 89, 109, 146, 153, 304 et s., 338, 354, 368-1, 401 et s., 468-1, 565 et s., 581, 593, 611 et s. (v. aussi *ordre public*).

- Droit prospectif : 184, 426 et s., 444-2, 633 et s.

Indivision :

- Vote de l'agrément : 385 et s., 457 (droit prospectif).

- Notification de la demande d'agrément : 320.

▪ Droit prospectif : 456 et s.

Inopposabilité : 290, 566, 568 et s., 578 et s., 585.

- Définition : 568.

- Droit prospectif : 632 et s.

- Effets : 568.
- Avantages : 569.
- - de la clause d'agrément : 294 et s., 341, 599.
- - de la demande d'agrément : 549 (droit prospectif).

Insécurité juridique : 123, 130, **192 et s.**, **263 et s.**, 468 et s., 580.

- Droit prospectif : 143, 423 et s., 435.

Interprétation : 185, 200, 203, **204 et s.**

- - *a contrario* : 259 et s.

Intérêt social : 159, 199, **381-1**, 623

- Abus de droit : 623.
- Définition : **159 et s.**, **383-1**.
- Intérêt commun : 26, 31, **160**, **185**, 290, 423, 433, 435, 587.

Intuitu personae :

- - et *affectio societatis* : 587.
- Anticipation du décès : 297 et s., 435 (droit prospectif).
- Caractéristiques : 14 et s.
 - Sociologiques : 15 et s.
 - Origines : 18.
 - Contenu : 19 et s.
 - Définitions : 23 et s.
- Degré d'importance de l' - :
 - Dans les sociétés de personnes : 126.
 - Dans les sociétés par actions : 128.
 - Dans les sociétés réglementées : 129.
 - Droit prospectif : **140 et s.**, 185.
- Effets de l' - : 20 et s.
- - sur la cession d'une position contractuelle : 165 et s.

- - sur la structure du contrat : 21.
- - en cas de changement du partenaire initial : 22.

- - sur la société : 25 et s.

- L -

Légataire (v. aussi *héritier*) : 115, 151 (droit prospectif), **249 et s.**

Liberté contractuelle : 56 et s., 98, 102, 111, 122, 128 et s., 257 et s., 369, 380, 475 et s., 513.

- Choix du cocontractant : 1, 15, 30, 81, 401, 407.

- Droit britannique : 182.

- Droit prospectif : 143 et s., 179, 184, 439, 555.

- Pouvoir d'agréer : 354 et s.

- SAS : 129, 143, 348.

Libre négociabilité (principe de la -) : **34 et s.**, 99, 258 et s., 292, 467.

Liquidation :

- - d'une communauté de biens : 151, 222.

- - dans une SARL : 246.

- - d'un régime matrimonial : 151, **245 et s.**, 272 (droit prospectif).

- - dans une société par actions : 247.

- - d'une société : v. *partage*.

- Liquidateur : v. procédure collective.

Location (de droits sociaux) : **215**, 275 (droit prospectif), 464.

- M -

Majoritaires (droits des -) : 160, **382 et s.**, 466, 503, 586 et s.

- Pouvoir d'agréer : 344-2, 390.

- Droit prospectif : 435.

Minoritaires (droits des -) : 160, 178, 185, 383-1 et s., 466, 503, 586, 626.

- Pouvoir d'agréer : 437, 439.

Mobiles :

- - du cocontractant : 19-2.
- - de l'associé : v. *associé*.

- N -

Nantissement : 208 et s., 300.

- Adjudication : v. ce mot.
- Agrément rétractable : v. *agrément*.
- Notification du projet de - : 327.
- Droit prospectif : 447 et s., 547 et s.

Notification : 285, 301 et s.

- Date : 323, 425 et s. (droit prospectif).
- Débiteur : 317, 424 et s. (droit prospectif).
- Cessionnaire : 319.
- Cédant : 318.
- Héritier : 320.
- Décision sociale : 408, 444 (droit prospectif).
 - - consécutive à un refus d'agrément : 500, 534 (droit prospectif).
 - Destinataire : 312 et s., 423 (droit prospectif).
 - Droit de repentir : v. ce mot.
 - Effets : 328 et s.
 - Finalité : 302.
 - Formalisme : 303 et s., 322 et s. (droit prospectif).
 - Nantissement : v. ce mot.
 - Opposabilité : v. *signification*.

- Renonciation du cédant (droit prospectif) : 545 (v. aussi *droit de repentir*).

- Sanctions :

- Inopposabilité : v. ce mot.
- Nullité : v. ce mot.

Nu - propriétaire : 464.

(v. aussi *démembrement de droits sociaux*).

Nullité : 261, 564 et s., 570 et s.

- - du transfert des droits sociaux : 261, 564 et s., 570 et s.
 - Définition : 570.
 - Droit prospectif : 632 et s.
 - Effets : 570.
 - Régime : 571 et s.
 - Droit prospectif :
 - - général : 572 et s.
 - Prescription : 574.
 - Régularisation : 575, 581, 633 (droit prospectif).
 - Titulaires de l'action : 573.
 - - spécial (opérations de restructuration) : 577 et s.
 - - de la décision sociale ayant accordé l'agrément : 609 et s., 612 et s.
 - Régime : 609 et s., 645 (droit prospectif).
 - Bonne foi du cessionnaire : 619.
 - Durée de la prescription : 617.
 - Nature de l'action : 616.
 - Régularisation : 618.
 - Titulaires de l'action : 616.

- O -

Objet social : 127, 172 et s., 186, 433 (droit prospectif).

- - et intérêt social : 439 (droit prospectif).

Obligation :

- - d'information : 336-1, 427, 438 (droit prospectif), 567, 569.

- - de rachat : v. *agrément*.

- Titre (SARL) : 134.

Offre : v. *agrément*.

Opérations de restructuration : 257 et s.

- Apport partiel d'actifs : v. *apports*.

- Définition : 201.

- Fusion : v. ce mot.

- Indemnisation des ayants droits refusés : **488 et s.**, 550 et s. (droit prospectif).

- Nullité : 570, **577 et s.**

- Refus du bénéficiaire de l' : 488, 550 (droit prospectif).

- Scission : v. ce mot.

Ordre public :

- - de direction : 178.

- - de protection : 74, 129, 178, 401, 445, 460, **530**, 553, 645, 647, 650.

- Principe de l'agrément obligatoire (droit prospectif) : 139 et s.

- Droit de repentir : 513-2 (v. aussi ce mot).

- Procédure d'agrément : v. *agrément*.

- Sanction interne de la violation de l' : 593 et s.

- - sociétaire : 285, 468.

Organe social : 330 et s., 354 et s., 377 et s.

- - compétent en cas de refus d'agrément : 489, 529 (droit prospectif).

- Assemblée générale extraordinaire : 292, **332 et s.**

▪ - de la SARL : 337-1.

▪ - des sociétés par actions : 293, **343 et s**

▪ Droit prospectif : 430 et s.

- Assemblée générale ordinaire : 343-2.

- Conseil d'administration : 294, 344 et s.

- Droit prospectif : 437.

- Conseil de surveillance : 344 et s.

- Délégation de pouvoir : 343-2, 353, 355, **436 et s.**

- Minoritaire : v. ce mot.

- Nullité de la décision adoptée : 608 et s., 645 et s. (droit prospectif).

- Responsabilité délictuelle : v. ce mot.

- P -

PACS : 151 et s. (droit prospectif), **240 et s.**

- Partenaire pacsé : v. *tiers*.

Partage :

- - d'une société : 221.

- - du régime matrimonial : v. *liquidation*.

Parts sociales :

- Source de l'agrément : 87, 147 et s. (droit prospectif).

- Historique : 34 et s.

Personnalité morale : 26, 78, 86, **157, 159, 162**, 169, 173-1, 291, 537, 578, 588, 625.

- Droit prospectif : 184 et s.

- Droit québécois : 59.

- Immatriculation : v. *société*.

- Ordre externe de la société : 159 (droit prospectif).

- Théorie de la réalité : 625.

Perpétuel (principe de la prohibition de l'engagement -) : 74, **467 et s.**, 520, 554 (droit prospectif).

Portage : v. *convention de -*.

Prêt (de droits sociaux) : 224.

Procédure (d'agrément) : 32, 44 et s., 52 et s., **258 et s.**

- Agrément préalable : 326 (v. aussi *notification*).

- Décision sociale : v. ce mot.

- Délai :

- - pour notifier : v. *notification*.

- - pour agréer : 393 et s., 532 et s. (droit prospectif)

- Sanction de sa violation : 597.

- Formalisme : v. *notification*.

- Nantissement : v. ce mot.

- Notification : v. ce mot.

- Organe social : v. ce mot.

- Pouvoir d'agréer : v. *organe social*.

- Règles générales : 286 et s.

- Règles spéciales : 462 et s.

- Vote : v. ce mot.

Procédure (de rachat) : v. *agrément*.

Procédure collective :

- Liquidateur : 343-1, 354, 437 (droit prospectif).

- Plan de cession : 223.

Publicité (clause d'agrément) : 293, 416 (droit prospectif).

- R –

Rachat : v. *agrément*.

- Clause de - : 468-1.

Réduction de capital : 51, 468-1, **474**, 526 (droit prospectif).

- Auto-détention : 467, 474, 494-3.

Régime matrimonial:

- Liquidation : v. ce mot.

Régularisation : v. *nullité*.

Renonciation (de l'associé cédant) : v. *droit de repentir*.

Résiliation : 444-3, 520 et 543 (droit prospectif).

Responsabilité civile :

- - de l'associé cédant : v. *associé*.

- - du rédacteur de l'acte de cession : 583.

- - du ou des titulaires du pouvoir d'agréer : 626 et s.

- Abus de droit : 623.

- Fautes et manœuvres : 624.

- Fautes contractuelles : 625.

- Perte de chance : 626 et s.

- Responsable(s) : 625.

Revendication du conjoint commun en biens : **210 et s.**, 220, 333, **370**, 464.

- Droit prospectif : 278.

- S –

Sanction : **559 et s.**, 630 et s. (droit prospectif).

- - d'une contradiction des statuts par rapport à la loi : v. Clause réputée non-écrite.

- - d'une lacune des statuts par rapport à la loi : 599, 639 (droit prospectif).

- - de l'agrément tacite : 602 et s., 641 (droit prospectif).

- Fraude : v. ce mot.

- Inopposabilité : v. ce mot.

- Nullité : v. ce mot.

- Responsabilité civile : v. ce mot.

Scission : 196, **201 et s.**, 227 et s., 256-1 et s. (v. aussi *opérations de restructuration*).

Signification : v. *notification (formalisme)*.

Simplification : 42, **76 et s.**, 284 et s.

- Droit prospectif : 144 et s., 184 et s., 410 et s., 518 et s.

Société :

- Clivage des sociétés fermées et ouvertes : 85 et s., **178 et s.**

- Clivage des sociétés de personnes et des sociétés de capitaux : 78, 86, 131 et s., 434.

- Droit prospectif : 137 et s., **155 et s., 172 et s.**

- Contrat : **157 et s.**

- But : 162.

- Caractéristiques : 162.

- Cession d'une position sociétaire : 168.

- Contrat-organisation : v. *société, nature*.

- Historique : 161.

- Formation : 155.

- Terme : 343-3.

- Dissolution : 25, 113, 115, 453 et s. et 552 (droit prospectif), 570.

- Immatriculation : 156, 173-1.

- Nature : 26, **156 et s.**, 173-1, 178.

- Contrat-organisation : 161 et s., 433.

- Entreprise : 160.

- Institution : 159, 173-1.

- Partage : v. ce mot.

- Société anonyme : v. ce mot.

- Société à responsabilité limitée : v. ce mot.

- Société civile : v. ce mot.

- Société cotée : v. *agrément*.

- Société en commandite par actions : v. ce mot.

- Société en commandite simple : v. ce mot.

- Société en nom collectif : v. ce mot.

- Société européenne : v. ce mot.

- Sociétés par actions : v. ce mot.

- Société par actions simplifiée : v. ce mot.

- Société privée européenne : 179.

- Sociétés réglementées : v. ce mot.

- Société unipersonnelle : 162.

Société anonyme (SA) : 135 (v. aussi *actions et sociétés par actions*).

- - fermée : 179.

Société à responsabilité limitée (SARL) :

- Clause de continuation : 299-2, 453 et s. (droit prospectif).

- Clause réputée non-écrite : 594-1.

- Délai pour statuer sur une demande d'agrément : 394, 442 (droit prospectif).

- Délai pour exécuter le rachat :

- En général : 493 et s., 532 (droit prospectif).

- En cas de nantissement : 451 (droit prospectif), 496.

- Durée de détention en cas de refus : 478, 528 (droit prospectif).

- Expertise de l'article 1843-4 du Code civil : v. *expertise*.

- Liquidation de la communauté de biens : v. ce mot.

- Notification : 308, 314, 326 et s.

- Obligation spéciale du gérant : 328-2.

▪ En droit prospectif : 438.

- Pouvoir d'agrément : 337 et s.

- Refus d'agrément des héritiers : 485, 550 (droit prospectif).

- Source de l'agrément :

- - envers un associé : 108.
- - envers un successeur : 116.
- - envers un tiers : 96.
- - en droit prospectif : 151.
- Vote de l'agrément : 368 et s. (v. aussi *vote*).
- En cas de cession :
 - - à des tiers étrangers : 368-1.
 - - à des tiers proches : 368-2.
 - - aux associés : 368-3.
 - En cas de succession : 388.

Société civile :

- Délai pour statuer sur une demande d'agrément : 393, 442 (droit prospectif).
- Délai pour exécuter le rachat :
 - En général : 492 et s.
 - En cas de nantissement : 495.
- Dissolution : 115.
- Droit de retrait : 468-1.
- Notification : 307, 313 et s., 326 et s.
- Pouvoir d'agrérer : 336 et s.
- Source de l'agrément :
 - - envers un associé : 107.
 - - envers un successeur : 115.
 - - envers un tiers : 95.
 - - en droit prospectif : 151.
- Refus d'agrément des héritiers : 483, 550 (droit prospectif).
- Vote de l'agrément : 367 et s. (v. aussi *vote*).

Société en commandite par actions (SCA) :

- Pouvoir d'agrérer : 347.
- Source de l'agrément :

- - envers un associé : 109.
- - envers un successeur : 119.
- - envers un tiers : 99.
- Vote de l'agrément : 372 et s. (v. aussi *vote*).

Société en commandite simple (SCS) :

- Nantissement : 209.
- Domaine du rachat : 467 et s., 551 (droit prospectif).
- Sanction de l'agrément tacite : 427, 642 et s. (droit prospectif).
- Source de l'agrément :
 - - envers un associé : 106.
 - - envers un successeur : 114.
 - - envers un tiers : 94.
 - - en droit prospectif : 149.
- Vote de l'agrément : 366 et s. (v. aussi *vote*).

Société en nom collectif (SNC) :

- Clause de continuation : 296 et s., 453 et s. (droit prospectif).
- Clause de retrait ou de rachat : 468-1 et s.
- Clause réputée non-écrite : 594-1.
- Dissolution : 113.
- Héritier : 254 et s.
- Pouvoir d'agrérer : 334.
- Nantissement : 209.
- Rachat : 467 et s., 520 et 551 (droit prospectif).
- Sanction de l'agrément tacite : 427, 642 (droit prospectif).
- Refus d'agrément des héritiers : 484, 486.
- Solidarité entre les associés : 19-2, 93, 109, 146.

- Droit prospectif : 174, 520 et s.
- Source de l'agrément :
 - - envers un associé : 105.
 - - envers un successeur : 113.
 - - envers un tiers : 93.
 - - en droit prospectif : 148.
- Vote de l'agrément : (v. aussi *vote*).
 - - en cas de cession : 365 et s.
 - - en cas de succession : 389 et s.
- Droit prospectif : 440.

Société européenne (SE) :

- Pouvoir d'agréer : 349.
- Rachat :
- Domaine du - : 467.
- Délai d'auto-détention des actions : 467, 494-3.
- Source de l'agrément :
 - - envers un successeur : 121.
 - - envers un tiers : 101.
 - Droit prospectif : 152.
- Vote de l'agrément : 374.
- Vote de la stipulation de la clause d'agrément : 292 (v. aussi *vote*).

Sociétés par actions (droit commun des) :

- - appliqué à la SAS et à la SE : 129.
- Délai pour statuer sur une demande d'agrément : 395, 442 (droit prospectif).
- Délai pour exécuter le rachat :
 - - en général : 494 et s.
 - - en cas de nantissement : 496.
 - Délai d'auto-détention des titres : 494-3.
- Liquidation du régime matrimonial : v. *liquidation*.

- Notification : 309 et s., 315.
- Nullité du transfert réalisé sans notification : 565.
- Organe compétent pour décider du refus : 489, 529 (droit prospectif).
- Pouvoir d'agréer : 340 et s.
- Refus d'agrément des héritiers : 482, 550 (droit prospectif).
- Source de l'agrément :
 - - envers un associé : 110.
 - - envers un proche : 98.
 - - envers un successeur : 118.
 - - envers un tiers : 98.
 - Droit prospectif : 152.
- Vote de l'agrément : 371 et s. (v. aussi *vote*).

Société par actions simplifiée (SAS):

- Droit prospectif : 186.
- Héritier : 256 et s..
- Pouvoir d'agréer : 348.
- Rachat :
- Domaine du - : 467.
- Délai d'auto-détention des actions : 494-3.
- Source de l'agrément :
 - - envers un successeur : 120.
 - - envers un tiers : 100.
 - Droit prospectif : 152.
- Vote de l'agrément : 373 et s. (v. aussi *vote*).
- Vote de la stipulation de la clause d'agrément : 292 (v. aussi *clause de dispense d'agrément*).

Sociétés réglementées :

- Pouvoir d'agréer : 351.

- Société de presse : 150, 199 et s.
- Source de l'agrément :
 - - envers un associé : 111.
 - - envers un successeur : 123.
 - - envers un tiers : 103.
 - - en droit prospectif : 150.

Solidarité : v. *SNC*.

Souscription : 213 et s., 464.

- Droit prospectif : 277.

Statuts : 204-2, 211.

- Désignation du titulaire du pouvoir d'agréer (sociétés par actions) : 293 et s.
- Modification : 291 et s., 362, 440 (droit prospectif).
- Stipulation de la clause d'agrément : 290 et s., 300 et s. (v. aussi clause de dispense d'agrément).
 - - types : 184 et s. (droit prospectif).
 - Violation des - : 609 et s., 645 et s. (droit prospectif).

Successeur : 90, 112, 204-1, 250, 298, 482 et s., 642 (v. aussi *héritier*).

Succession : (v. aussi *successeur*).

- Clause de continuation : v. ce mot.
- Source de l'agrément : 112 et s., 151 (droit prospectif).
- Fait générateur de l'agrément : 248 et s., 271 et s.

Supplétivité :

- - de l'agrément obligatoire : 141 et s.

- T -

Terme : v. *agrément*.

Tiers :

- Cessionnaire : 92 et s., 235 et s.
- Estimateur : 503 et s.

- Mission : 503.
- Désignation : 505 et s.
- Pouvoirs : 506.
- Délai : 507.
- Décision : 508.
- Étrangers (à la société) : 236.
- Héritiers : v. ce mot.
- Pouvoir d'agréer : 354 (v. aussi *liquidateur*).
- Proches de l'associé : 237 et s.
- Pacsé : 239 et s.

Titres :

- - financiers : 147.
- - négociables : 147, 185 (v. également *Libre négociabilité*).

Transfert :

- - isolé (de droits sociaux) : 204.
- Droit prospectif : 270 et s., 273 et s.
- Interprétation du mot - : 195 et s., 264 et s.

Transmission :

- - familiale : v. *tiers proches de l'associé*.
- Liquidation du régime matrimonial d'un associé : v. *liquidation*.
- - universelle du patrimoine : 257 et s.
- - successorale :
- - refus d'agrément : 479 et s.

- U -

Usufruitier : 464 (v. aussi *démembrement de propriété*).

- V -

Valeurs mobilières : v. *actions*.

Vote :

- - de l'agrément : v. *agrément*.
- - d'une clause d'agrément : 291 et s.
- - d'une clause de continuation : 230.
- - d'une clause de dispense d'agrément (droit prospectif) : 414.
- Aménagement du - : 377 et s.
- Conflit d'intérêts : v. ce mot.
- Irrégularités du - : 615 et s.
- Majorité : 42, **291 et s.**
- Modalités du - :
 - Généralités : 362 et s.
 - Spéciales (en cas de décès) : 385 et s.
- Violation des règles de vote : 609 et s., 615.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	1
Section I. La notion d'agrément.	4
Sous-section I. Les définitions du mot « agrément ».....	4
§ I. L'analyse sémantique du mot « agrément ».....	4
§ II. Les définitions juridiques du mot « agrément ».....	5
Sous-section II. Le but de l'agrément en droit privé.....	8
§ I. L' <i>intuitu personae</i> , une notion contractuelle.....	8
I. L' <i>intuitu personae</i> , une notion difficile à définir.	8
A. Les caractéristiques de l' <i>intuitu personae</i>	8
1. Un phénomène davantage sociologique que juridique.	9
2. Une origine juridique implicite.....	13
3. Une notion à contenu variable.....	14
B. Les effets de l' <i>intuitu personae</i> sur la structure du contrat.....	17
II. La définition retenue de l' <i>intuitu personae</i>	22
§ II. L' <i>intuitu personae</i> en droit des sociétés.	23
Section II. La notion d'agrément en droit des sociétés.....	26
Sous-section I. Une procédure fonctionnelle.....	26
§ I. La consécration légale d'une procédure issue de la pratique.....	26
I. Une consécration progressive.	26
A. Une procédure issue de la pratique.....	27
B. Une consécration légale plus ou moins controversée.	30
1. La consécration naturelle d'un agrément applicable aux transferts de parts sociales.....	30
2. La consécration controversée d'un agrément applicable aux transferts d'actions et de valeurs mobilières.	32
a. La raison de la controverse.....	32
b. Une consécration d'abord jurisprudentielle, puis légale.....	35
α. Une première consécration par la Cour de cassation.....	35
β. Une seconde consécration par la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 relative aux sociétés commerciales.....	37
C. Des réformes récentes perfectibles.....	38

II. Le fonctionnement de la procédure d'agrément.....	41
A. La description générale de la procédure d'agrément.....	41
1. Les éléments communs à toutes les sociétés.....	41
a. La nature juridique de l'agrément en droit des sociétés.....	41
α. Une nature juridique duale.	41
β. Une nature la distinguant de clauses voisines.....	43
b. Le déroulement global de la procédure d'agrément.	44
2. Un manque d'unité entre chaque type de sociétés.	46
B. La procédure d'agrément : une spécificité française.....	46
1. Une admission unanime du principe de l'agrément par les droits étrangers.....	47
2. Une procédure rarement aussi encadrée qu'en droit français.....	51
§ II. Les enjeux de la mise en œuvre de la procédure d'agrément.....	53
Sous-section II. Vers un agrément conceptualisé ?	55
§ I. La problématique : unifier et simplifier la législation selon une conception personnaliste de la société.	55
I. Un manque d'unité générateur de complexité et d'incertitudes.....	56
II. Une considération de la personnalité des associés possible dans chaque type de société.....	58
§ II. La méthodologie : rationaliser la législation sous la forme d'un système cohérent.	59
I. Les intérêts de l'élaboration d'un droit commun de l'agrément.	59
II. Une double démarche.....	61
PARTIE I.....	65
D'UN DOMAINE ALEATOIRE A UN DOMAINE CLARIFIE.	65
<i>Titre I.</i>	67
<i>La source de l'agrément.</i>	67
Chapitre I.	69
Une source morcelée.....	69
Section I. L'apparence : une source duale.....	69
§ I. Une source correspondant <i>a priori</i> au clivage entre les sociétés de personnes et les sociétés de capitaux.	70
§ II. Une source <i>a priori</i> déduite de la nature des droits sociaux.....	71
Section II. La réalité : une source morcelée par sa diversité.	72
§ I. Un morcellement lié à l'interventionnisme législatif.....	72
I. Les critères du morcellement de la source de l'agrément.	72

A. L'influence de la qualité du cessionnaire.....	73
1. L'introduction d'un nouvel associé : la cession à un tiers.....	73
a. Un principe et des exceptions variables dans les sociétés de personnes et la SARL.....	73
b. Un principe et quelques interdictions dans les sociétés par actions.....	77
c. Un principe dominant les sociétés réglementées.....	80
2. La modification de la répartition du capital social : la cession à un associé.	82
a. Des principes variables dans les sociétés de personnes et la SARL.	82
b. Un principe dominant les sociétés par actions.....	84
c. L'absence de principe dominant dans les sociétés réglementées.	86
B. L'influence de la qualité du successeur.....	86
1. Un principe dominant les sociétés de personnes, mais incohérent.	87
2. Des principes contradictoires dans les sociétés par actions.....	90
3. Un encadrement rare dans les sociétés réglementées.	93
II. L'incidence du morcellement sur le degré d'intuitu <i>personae</i> de chaque société.	94
A. Une incidence complexe sur les sociétés de droit commun.	94
1. Une importance variable de l' <i>intuitu personae</i> dans les sociétés de personnes.....	94
2. Une importance ponctuelle de l' <i>intuitu personae</i> dans les sociétés par actions.....	97
B. Une incidence rare sur les sociétés réglementées.....	99
§ II. Un morcellement lié à l'évolution du droit des sociétés.....	100
Conclusion Chapitre I.	104
Une source morcelée.	104
Chapitre II.....	107
Une source unifiée.....	107
Section I. Une source dominée par un principe unitaire.	107
§ I. Un principe général instituant un agrément obligatoire.....	107
I. Un principe général.	107
II. Un dirigisme protecteur.....	111
A. Un contrôle obligatoire.	111
B. Une simplification des textes.	113
§ II. Des exceptions ponctuelles conformes aux caractéristiques de chaque société. ...	114
I. Une liberté de supprimer l'agrément obligatoire.....	114
II. Une liberté progressive selon le degré supposé d' <i>intuitu personae</i> de chaque société.	115
Section II. Un principe issu de l'essence des sociétés fermées.	122

§I. L'agrément, un révélateur de la nature de la société.	122
I. La recherche de la nature de la société.	123
A. La société : ni institution, ni totalement entreprise.	123
B. La société : un contrat-organisation plus ou moins réglementé.	128
II. Les déductions possibles sur le contexte d'application de l'agrément en droit des sociétés.	135
A. Un mécanisme de contrôle du transfert d'une position « sociétaire ».	135
B. Un contexte utilement révélé.	141
1. Une analyse seule apte à expliquer la présence de l'agrément.	142
2. Un agrément obligatoire légitimé.	143
§ II. Une base pour la construction d'un droit des sociétés fermées.	148
I. Une summa divisio souvent plébiscitée.	149
A. La raison de ce plébiscite.	149
B. Une source d'inspiration dans des modèles étrangers bien établis.	152
1. Le modèle néerlandais.	153
2. Le modèle britannique.	154
II. Un droit commun des sociétés fermées à construire.	155
A. La méthode de construction.	155
B. Les éléments de la construction.	157
Conclusion Chapitre II.	163
Une source unifiée.	163
Conclusion Titre I.	167
La source de l'agrément.	167
<i>Titre II.</i>	<i>169</i>
<i>Les faits générateurs de l'agrément.</i>	<i>169</i>
Chapitre I.	171
Des faits générateurs incertains.	171
Section I. Une insécurité juridique liée à la diversité des cessions de droits sociaux.	171
§ I. L'absence de définition unitaire de la cession de droits sociaux.	171
I. La définition stricte de la cession de droits sociaux.	172
A. Une définition jurisprudentielle implicitement stricte.	172
B. Les opérations explicitement exclues par la jurisprudence de la définition.	173
1. La modification du capital d'un associé personne morale.	174

2. La transmission universelle de patrimoine consécutive à une opération de restructuration.....	176
a. Les éléments du problème.....	177
b. La réponse jurisprudentielle.....	178
II. De quelques extensions de la cession de droits sociaux.....	183
A. La définition étendue de la cession de droits sociaux par la loi.....	183
1. Les techniques ayant un effet définitif, légalement assimilées à la cession de droits sociaux.....	184
a. Le nantissement de droits sociaux.....	184
b. Le droit de revendication du conjoint commun en biens d'un associé.....	185
c. La souscription de droits sociaux.....	187
2. Les techniques ayant un effet temporaire, légalement assimilées à la cession de droits sociaux.....	189
B. Les extensions possibles de la cession de droits sociaux.....	190
1. Les opérations assimilées par la jurisprudence à la cession de droits sociaux....	190
a. Les techniques ayant un effet définitif, assimilées par la jurisprudence à la cession de droits sociaux.....	191
α. L'apport de droits sociaux à une société tierce.....	191
β. La souscription à une augmentation de capital.....	192
□. Le partage d'une société associée.....	193
δ. La liquidation d'une communauté de biens entre époux.....	193
ε. Le plan de cession adopté dans le cadre d'une procédure collective.....	195
b. Les techniques ayant un effet temporaire, assimilées par la jurisprudence à la cession de droits sociaux.....	195
2. Les opérations juridiques n'ayant pas été soumises à l'analyse jurisprudentielle.....	196
a. Les techniques de transfert définitif potentiellement assimilables à la cession de droits sociaux.....	196
α. L'apport partiel d'actif.....	196
β. L'échange.....	197
b. Les techniques de transfert temporaire potentiellement assimilables à la cession de droits sociaux.....	197
α. Le démembrement de droits sociaux.....	197
β. La convention de portage.....	199

§ II. Les incertitudes liées à la diversité des tiers cessionnaires.	200
I. La définition jurisprudentielle des tiers étrangers à la société.	200
II. L'incertaine notion de « tiers proche » de l'associé.	202
A. L'absence de définition des tiers proches de l'associé.	202
B. Le sort du partenaire pacsé.	203
Section II. Des lacunes et incohérences textuelles en présence d'une transmission de droits sociaux.....	207
§ I. Les cas isolés de liquidation du régime matrimonial d'un associé.	207
I. La liquidation du régime matrimonial de l'associé d'une société à responsabilité limitée.	208
II. L'interdiction de viser par une clause d'agrément la liquidation du régime matrimonial de l'actionnaire.....	209
§ II. Les incertitudes liées aux dispositions ayant trait à la succession d'un associé.	209
I. Une définition incertaine de l'héritier.	210
II. Les lacunes rédactionnelles de certains textes.....	212
A. Les doutes relatifs à l'héritier de l'associé en nom.....	213
B. Les doutes relatifs à l'héritier de l'actionnaire d'une SAS.....	214
§ III. L'admission jurisprudentielle de l'application d'un agrément aux opérations de restructuration.	216
I. La licéité de la clause d'agrément visant les opérations de restructuration.	217
A. « [...] rien n'interdit d'étendre l'application d'une clause d'agrément à des opérations de fusion par une mention expresse des statuts [...]».....	218
B. « [...] la mise en œuvre d'une telle stipulation n'est affectée d'aucune impossibilité ».....	221
II. L'insécurité juridique pesant sur la rédaction de la clause d'agrément.	222
A. Avant l'arrêt « Société Eurofog » du 15 mai 2007.....	223
B. Après l'arrêt « Société Eurofog » du 15 mai 2007.....	224
Conclusion Chapitre I.	230
Des faits générateurs incertains.	230
Chapitre II.....	233
Un fait générateur généralisé.....	233
Section I. Un transfert de prérogatives sociétaires.	233
§ I. Le choix du terme « transfert ».	233
I. La nécessité d'unifier les faits générateurs.....	233

II. L'adéquation du terme « transfert »	234
§ II. La précision de l'objet du transfert	235
Section II. Quelques faits générateurs irréductibles.	237
§ I. La souscription de droits sociaux	237
§ II. La revendication du conjoint commun en biens.	238
Conclusion Chapitre II.....	241
Un fait générateur généralisé.	241
Conclusion Titre II.	243
Les faits générateurs de l'agrément.....	243
Conclusion Partie I. D'un domaine aléatoire à un domaine clarifié.	245
PARTIE II.	249
D'UNE MISE EN ŒUVRE COMPLEXE.....	249
A UNE MISE EN ŒUVRE SIMPLIFIÉE.	249
<i>Titre I.</i>	251
<i>La procédure d'agrément.</i>	251
Chapitre I.	253
Les règles générales de la procédure d'agrément.	253
Section I. Des règles générales perfectibles <i>de lege lata</i>	253
Sous-section I. La stipulation d'une clause d'agrément.	253
§ I. Le formalisme lié à la stipulation d'une clause d'agrément.....	254
I. Les documents contenant la clause d'agrément.	254
II. Les règles de vote relatives à la stipulation de la clause d'agrément.	255
III. Les mesures de publicité requises dans les sociétés par actions.	257
§ II. Les difficultés liées à la stipulation d'une clause d'agrément et la réalisation de certains faits générateurs.....	260
I. L'anticipation du décès d'un associé.	260
A. L'anticipation du décès par une clause de continuation.	260
B. La combinaison d'une clause de continuation et d'un agrément.....	262
II. Le nantissement et sa réalisation par une adjudication.	264
Sous-section II. La notification de la demande d'agrément.	265
§ I. La finalité de la notification.....	265
§ II. Des règles de forme strictes et diverses.....	266
I. Un formalisme strict exigé par la jurisprudence.....	266
II. Un formalisme divers.	268

A. Des mentions obligatoires éparses pour chaque forme sociale.....	269
B. L'identification des parties intéressées par la notification.	271
1. Une identité homogène du destinataire de la notification.	271
2. Une identité indéterminée du débiteur de la notification.....	273
a. L'identité du débiteur de la notification en général.....	273
b. L'identité du débiteur de la notification en présence d'une indivision successorale.....	275
C. La réalisation de la notification.....	275
1. La forme de la notification.	275
2. La date de réalisation de la notification.	276
a. Le principe applicable à toutes les sociétés.	276
α. Une absence de délai pour réaliser la notification.....	276
β. Un « agrément préalable à la cession ».....	277
b. Une exception en cas de nantissement des parts d'une société civile.	277
§ III. Les effets de la notification.	278
Sous-section III. La décision sociale accordant ou refusant l'agrément.....	279
§ I. Les modalités d'adoption de la décision sociale.	279
I. La détermination du titulaire du pouvoir d'agréer.	280
A. L'analyse des dispositions actuelles.	280
1. Le titulaire du pouvoir d'agréer dans les sociétés de personnes et la SARL.	280
2. Le titulaire du pouvoir d'agréer des sociétés par actions.....	284
a. L'identification du titulaire du pouvoir d'agréer d'après le droit commun des sociétés par actions.	284
α. Les incertitudes des textes.	284
β. L'analyse de chacune des solutions possibles.	286
b. La recherche du titulaire du pouvoir d'agréer dans les textes propres à chaque société par actions.	292
3. Le titulaire du pouvoir d'agréer des sociétés réglementées.....	294
B. Les problèmes d'application liés à la désignation de l'organe compétent.	295
1. La désignation de l'organe compétent et l'hypothèse d'un conflit d'intérêts.....	295
2. La désignation de l'organe compétent et les limites de la liberté contractuelle.	296
II. La complexité des modalités de vote de l'agrément.....	301
A. Des règles générales diverses.....	302
1. Des règles de vote variables selon chaque type sociétaire.	302

a. Les règles générales de vote dans les sociétés de personnes et la SARL.	303
α. Les règles de vote en cas de cession ou d'opérations assimilées.	303
β. La suppression du droit de vote en cas de revendication du conjoint.....	308
b. Les règles de vote applicables aux sociétés par actions.....	309
2. Les problèmes d'application liés aux règles de vote de l'agrément.....	310
a. Les conditions d'exercice et l'aménagement du droit de vote.....	310
b. Les conflits d'intérêts liés au vote de l'agrément.....	315
α. Les éléments du conflit.	315
β. Le traitement du conflit.	316
B. Des règles spéciales consécutives au décès d'un associé.....	319
1. L'indétermination de l'objet du vote de l'agrément en présence de plusieurs héritiers indivisaires.....	319
2. Les modalités du vote de l'agrément en cas de décès d'un associé.....	321
a. Des règles de vote peu déterminées.	321
b. Un problème d'application récurrent.....	322
III. Le délai pour statuer sur une demande d'agrément.....	324
A. Les fonctions du délai.....	324
B. Des délais variables.	325
C. Le sort des droits sociaux pendant la période comprise entre la date du décès d'un associé et celle de l'agrément ou de son refus.	327
IV. Les caractères de la décision sociale refusant ou acceptant l'agrément.	329
A. Les caractères généraux de la décision sociale.	329
1. Un agrément pur et simple.	329
a. Le principe de l'agrément pur et simple.	330
b. La sanction d'un agrément conditionnel.	333
2. Un agrément global.....	335
3. Un agrément discrétionnaire.	335
4. L'agrément d'une personne déterminée ou déterminable.....	337
B. Les caractères spéciaux de la décision en présence d'un nantissement des droits sociaux.....	338
§ II. La notification de la décision sociale.	339
Section II. Des règles générales plus intelligibles <i>de lege feranda</i>	341
§ I. Uniformiser les règles générales.	341
I. Créer des règles liées à la stipulation d'une clause de dispense d'agrément.	342

A. Les documents contenant la clause de dispense d'agrément.	342
B. Le vote de la clause de dispense d'agrément.	343
C. L'absence de mesures de publicité de la clause de dispense d'agrément.	344
II. Préciser les règles de la notification d'une demande d'agrément.	345
A. Généraliser le formalisme de la notification.	345
1. Unifier le formalisme de la notification.	346
a. Unifier les modalités de réalisation de la notification.	346
b. Unifier les mentions obligatoires de la notification.	346
c. Identifier les parties intéressées par la notification.	348
α. Un destinataire mieux identifié.	348
β. Un débiteur identifié.	349
d. Maintenir l'exigence d'une notification préalable au transfert des droits sociaux.	350
2. Consacrer l'impérativité du formalisme de la notification.	350
B. Affirmer les effets de la notification.	351
III. Sécuriser la décision de la société.	352
A. Clarifier ses modalités d'adoption.	352
1. Mieux identifier le titulaire du pouvoir d'agrérer.	353
a. L'assemblée générale extraordinaire.	353
b. Autoriser les aménagements du pouvoir d'agrérer.	356
α. Une délégation de pouvoir.	356
β. Un aménagement préventif des conflits d'intérêts.	358
2. Unifier les règles de vote de l'agrément.	360
3. Unifier le délai pour statuer sur une demande d'agrément.	363
4. Généraliser l'obligation de notifier la décision sociale.	364
B. Affirmer les caractéristiques de la décision sociale.	364
§ II. Maintenir certaines spécificités des règles générales.	367
I. Des spécificités liées au nantissement des droits sociaux.	367
A. Supprimer l'exigence de la mention de la clause d'agrément dans le cahier des charges de l'adjudication.	367
B. Des spécificités procédurales.	368
1. La date de réalisation de la notification.	368
2. Un agrément rétractable.	369
II. Des spécificités liées au décès d'un associé.	369

A. La généralisation de la licéité des clauses de continuation.	369
B. Des spécificités procédurales.	371
1. Le débiteur de la notification en présence d'une indivision successorale.	371
2. Les règles de vote de l'agrément des héritiers.	372
3. Le sort des droits sociaux pendant la période comprise entre la date du décès d'un associé et celle de l'agrément ou de son refus.	373
Conclusion Chapitre I.	377
Les règles générales de la procédure d'agrément.	377
Chapitre II.	381
Les règles spéciales du refus d'agrément.	381
Section I. Des règles spéciales perfectibles <i>de lege lata</i>	381
§ I. L'obligation pour la société d'acquérir ou de faire acquérir les droits sociaux du cédant.	381
I. Le domaine restreint du dispositif de rachat en cas de refus d'agrément.	382
A. La genèse et les limites du domaine du dispositif de rachat.	383
B. Les parades conventionnelles existantes pour les sociétés exclues du dispositif de rachat.	384
II. La discussion relative à la nature du dispositif de rachat.	388
§ II. Les modalités d'exécution de l'obligation légale de rachat.	389
I. Les règles procédurales consécutives au refus d'agrément.	389
A. L'objet de l'obligation légale d'acquérir les droits sociaux du cédant.	390
1. L'objet de l'obligation légale consécutive au refus d'agrément d'un cessionnaire ou d'un adjudicataire.	390
a. Un objet commun à l'ensemble des sociétés.	390
b. Les spécificités de l'exécution de l'obligation de rachat.	392
α. Le problème de la détermination du prix de rachat de l'adjudicataire.	392
β. Une particularité de la SARL ayant trait à la durée de détention des parts sociales.	394
2. L'objet de l'obligation légale consécutive au refus d'agrément de l'ayant droit d'une transmission de droits sociaux.	394
a. L'objet de l'obligation consécutive au refus d'agrément du conjoint d'un associé.	395
b. L'objet de l'obligation consécutive au refus d'agrément de l'ayant cause d'un associé décédé.	395

α. Les lacunes du dispositif légal organisant l'indemnisation des héritiers ou des légataires refusés.....	395
β. Le problème de la détermination de la valeur des droits sociaux en cas de refus des ayants droit du défunt.....	398
c. L'objet de l'obligation consécutive au refus d'agrément du bénéficiaire d'une opération de restructuration.	400
B. L'organe social compétent pour décider des suites du refus d'agrément.....	402
C. Le délai pour exécuter l'obligation de rachat.....	402
1. Un délai variable.....	403
a. Le délai général assortissant l'obligation de rachat.....	403
2. Les interrogations liées à l'application du délai assortissant l'obligation de rachat.	407
a. La date de la demande de prolongation du délai.....	407
b. La date d'acquisition des droits sociaux du cédant.....	408
D. La notification de l'alternative choisie.	410
II. Les hypothèses de désaccord entre la société et l'associé cédant à la suite du refus d'agrément.	411
A. Le désaccord sur le prix de rachat.	411
1. L'article 1843-4 du Code civil dans le cadre d'un refus d'agrément.	412
2. La mise en œuvre de l'expertise de l'article 1843-4 du Code civil.	415
B. La renonciation de l'associé cédant au transfert de ses droits sociaux.	418
1. Les règles de fond ayant trait au droit de repentir de l'associé cédant.	418
a. La notion de droit de repentir de l'associé cédant.....	419
b. Le moment de l'exercice du droit de repentir.	421
2. La règle de forme nécessaire à l'exercice du droit de repentir.....	424
Section II. Des règles spéciales plus intelligibles <i>de lege feranda</i>	427
§ I. Uniformiser les règles spéciales du refus d'agrément.	427
I. Généraliser le dispositif du rachat.	427
II. Synthétiser ses modalités d'exécution.	430
A. Unifier les règles procédurales.....	430
1. Préciser l'objet de l'obligation légale d'acquérir les droits sociaux du cédant. ...	430
2. Supprimer certaines exigences spéciales.....	433
a. Supprimer l'exigence d'une durée de détention des parts sociales de SARL.	433

b. Supprimer l'exigence d'un organe différent pour statuer sur les conséquences du refus d'agrément dans les sociétés par actions.	433
3. Unifier et préciser le délai d'exécution.	434
a. Un délai unifié.	435
b. Un délai précisé.	435
4. Créer une obligation de notifier l'alternative choisie.	436
B. Mieux appréhender les désaccords entre la société et l'associé cédant.	436
1. Le désaccord sur le prix de rachat.	436
a. Préciser le domaine et la valeur du recours à l'expertise en cas de refus d'agrément.	437
α. Unifier le domaine du recours à l'expertise de l'article 1843-4 du Code civil.	437
β. Déterminer la valeur juridique du recours à l'expertise.	438
b. Partager la charge des frais d'expertise.	440
2. La renonciation du cédant au transfert de ses droits sociaux.	441
a. Généraliser et préciser la renonciation du cédant.	441
α. Généraliser le droit de renoncer au projet de transfert du cédant.	441
β. Préciser le moment de l'exercice de la renonciation par le cédant.	441
b. Sécuriser l'exercice de la renonciation du cédant.	443
§ II. Maintenir certaines spécificités.	443
I. Des spécificités liées au nantissement des droits sociaux.	443
II. Des spécificités liées aux transmissions des droits sociaux.	444
A. Transposer le sort de l'ayant droit d'un associé décédé à celui du bénéficiaire d'une opération de restructuration.	444
B. L'indemnisation des ayants droit refusés.	445
1. Généraliser le dispositif légal organisant le sort des ayants droit refusés.	445
2. Préciser le jour de la détermination de la valeur des droits sociaux.	446
Conclusion Chapitre II.	450
Les règles spéciales du refus d'agrément.	450
Conclusion Titre I.	453
La procédure d'agrément.	453
<i>Titre II.</i>	<i>457</i>
<i>Les sanctions de la procédure d'agrément.</i>	<i>457</i>
Chapitre I.	459

Des sanctions mal déterminées.....	459
Section I. La violation de la procédure d'agrément par l'associé cédant et son ayant cause.	459
§ I. La sanction de l'absence de notification d'une demande d'agrément.	459
I. La sanction du transfert des droits sociaux réalisé sans notification.....	460
A. La nature de la sanction du défaut de notification.	460
1. La nullité, principale sanction du défaut de notification.	460
a. Les textes légaux : la sanction de la nullité.	460
b. La jurisprudence : la sanction de la nullité, et accessoirement, celle de l'inopposabilité.....	461
2. La recherche de la légitimité de chaque sanction au regard de ses principes généraux.....	462
a. La légitimité de la sanction marginale : l'inopposabilité.	463
b. La légitimité de la sanction principale : la nullité.	465
B. Le régime de la sanction du défaut de notification.....	466
1. Le régime général de la nullité du transfert de droits sociaux réalisé sans notification.	467
a. Les titulaires de l'action en nullité.....	467
b. La prescription de l'action en nullité.....	468
c. L'interdiction jurisprudentielle de confirmer ou de régulariser l'absence de notification d'une demande d'agrément.	469
2. Le régime spécial de la sanction applicable aux opérations de restructuration réalisées sans notification.	471
a. Le défaut d'agrément valant refus d'agrément.....	471
b. L'impossible régularisation de la notification dans le cadre d'une opération de restructuration.	474
II. La possibilité d'engager certaines responsabilités civiles.	475
§ II. La fraude à l'agrément.	477
I. La simulation licite.....	477
II. La dissimulation illicite.	478
Section II. La violation de la procédure d'agrément par les acteurs sociaux.	483
§ I. La sanction des irrégularités formelles.....	483
I. Les irrégularités internes sans incidence directe sur le transfert des droits sociaux...483	
A. La sanction d'une contradiction des statuts par rapport à la loi.....	484

1. La sanction de la clause réputée non écrite.....	484
2. Des exemples d'irrégularité contenue dans les statuts.....	485
B. La sanction d'une lacune des statuts par rapport à la loi.....	487
II. Les irrégularités internes ayant une incidence sur le transfert des droits sociaux.....	488
A. L'incidence positive d'une irrégularité de la délibération sociale sur le transfert des droits sociaux.....	489
1. La sanction théorique de l'agrément tacite.....	489
2. Les limites pratiques à l'obtention de l'agrément tacite.....	490
a. Le désistement du cessionnaire avant l'expiration du délai de l'agrément tacite.....	490
b. L'existence d'un vice affectant la procédure interne d'agrément.....	494
B. L'incidence négative d'une irrégularité de la délibération sociale sur le transfert des droits sociaux.....	494
1. La contamination du transfert des droits sociaux par la nullité de la délibération sociale.....	495
a. La nullité spéciale du transfert des droits sociaux.....	495
b. Des exemples d'irrégularité affectant la délibération de la société.....	497
B. Le régime de la nullité du transfert des droits sociaux pour irrégularité de la délibération sociale.....	502
§ II. La responsabilité délictuelle du ou des titulaires du pouvoir d'agréer.....	504
I. L'abus de droit et les fautes du ou des titulaires du pouvoir d'agréer.....	505
A. La teneur de l'abus de droit et des fautes délictuelles.....	505
1. L'abus de droit.....	505
2. La nature des fautes et des manœuvres génératrices de responsabilité.....	506
B. Les responsables.....	507
II. Le préjudice causé à l'associé cédant et à son ayant cause.....	509
Conclusion Chapitre I.....	512
Des sanctions mal déterminées.....	512
Chapitre II.....	515
Des sanctions mieux déterminées.....	515
Section I. Une sanction unique du transfert de droits sociaux réalisé sans notification.....	515
§ I. Substituer le principe de l'inopposabilité à la nullité.....	515
§ II. L'exception de la fraude.....	519

Section II. Une sanction duale de la violation de la procédure d'agrément par la société.	520
§ I. La sanction interne de la clause réputée non écrite.	520
I. Généraliser la sanction d'une contradiction des statuts par rapport à la loi.	520
II. Supprimer la sanction d'une lacune des statuts par rapport à la loi.	521
§ II. Les sanctions externes opposables aux tiers.	522
I. L'agrément tacite.	522
A. Préciser le champ d'application de l'agrément tacite.	522
B. Consacrer le régime jurisprudentiel de l'obligation de rachat.	523
II. La nullité de la délibération sociale accordant l'agrément.	524
A. Consacrer le principe de la nullité.	524
B. Clarifier son régime.	525
Conclusion Chapitre II.	526
Des sanctions mieux déterminées.	526
Conclusion Titre II.	529
Les sanctions de la procédure d'agrément.	529
Conclusion Partie II. D'une mise en œuvre complexe à une mise en œuvre simplifiée.	531
CONCLUSION GÉNÉRALE	535
ANNEXE	549
SOMMAIRE DE LA BIBLIOGRAPHIE	555
BIBLIOGRAPHIE	556
INDEX ANALYTIQUE	605
TABLE DES MATIÈRES	619

L'agrément en droit des sociétés.
Contribution à une simplification du Droit.

L'étude de l'agrément en droit des sociétés révèle que les règles l'encadrant ne sont pas exemptes de lacunes ou d'incohérences. Ces dernières résultent notamment de leur édicition dispersée dans des textes légaux ou réglementaires, au cas par cas, individuellement pour chaque forme sociétaire. En outre, leur intelligibilité est amoindrie par la corrélation parfois faite entre les règles du domaine de l'agrément et ses formalités procédurales. De cet ensemble découle une certaine complexité, incompatible avec le besoin de sécurité juridique requise pour exécuter toute procédure. En l'occurrence, l'atteinte à la liberté ne réside pas dans l'absence de forme protectrice mais, paradoxalement, dans un formalisme trop pointilleux, dont l'application suscite un important contentieux.

Néanmoins, le constat de la présence éventuelle de l'*intuitu personae* dans l'ensemble des sociétés suggère la possibilité d'unifier le domaine de l'agrément et, corrélativement, de simplifier sa mise en œuvre, grâce à l'élaboration d'un droit commun. À cette fin, l'adoption d'une conception contractuelle des rapports sociaux donne de nombreuses clés de résolution des problèmes posés par son régime. Cette analyse faite du droit positif ne remet pas pour autant en cause le juste équilibre établi par la loi, visant à protéger tant la société que son associé cédant, au nom de l'ordre public sociétaire. Bien au contraire, ce point de vue renforce l'efficacité de la règle puisqu'il s'en dégage les champs d'intervention réservés au législateur ne portant atteinte, ni à la substance des droits de l'associé, ni aux concepts juridiques de droit commun.

Cette méthode de traitement des difficultés soulevées aboutit à une reconstruction de la législation de l'agrément, davantage intelligible, augurant par là-même, une perspective concrète de création d'un droit français des sociétés fermées, indépendant de toute instrumentalisation législative.

Mots clés : *Intuitu personae*, associés, transferts de droits sociaux, sociétés fermées, procédure, formalisme, simplification, contrat de société, contrat-organisation, ordre public sociétaire, décision sociale, conflit d'intérêts, intérêt commun, cession de contrat.